

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VICTOR MACHADO SCHMITT

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: O LASTRO ESTRUTURAL DO NOVO SISTEMA PROCES-
SUAL E A VEDAÇÃO ÀS DECISÕES-SURPRESA**

**Florianópolis
2016**

VICTOR MACHADO SCHMITT

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: O LASTRO ESTRUTURAL DO NOVO SISTEMA PROCES-
SUAL E A VEDAÇÃO ÀS DECISÕES-SURPRESA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Caetano Dias Corrêa

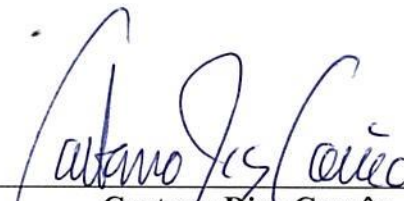
Florianópolis

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**O princípio do contraditório substancial no Novo Código de Processo Civil: o lastro estrutural do novo sistema processual e a vedação às decisões-surpresa**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Victor Machado Schmitt**, defendido em **07/07/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.


Florianópolis, 07 de julho de 2016.



Caetano Dias Corrêa
Professor(a) Orientador(a)



Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Membro de Banca



Luís Felipe Espíndola Gouvêa
Membro de Banca

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC
E ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Victor Machado Schmitt**

RG: **4941316**

CPF: **071.431.799-30**

Matrícula: **11101523**

Título do TCC: **O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL NO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: O LASTRO ESTRUTURAL DO
NOVO SISTEMA PROCESSUAL E A VEDAÇÃO ÀS DECISÕES-SURPRESA.**

Orientador(a): **Caetano Dias Corrêa**

Eu, **Victor Machado Schmitt**, acima qualificado(a), venho, pelo presente termo,
assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado
no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 07 de julho de 2016.



Victor Machado Schmitt

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte de vida e luz para o discernimento.

Aos meus pais, Mylene e Fábio, a quem devo os valores, o ensino e a fé; e à minha irmã, Marina, com quem os compartilho em vínculo fraterno.

Aos meus demais familiares, especialmente aos meus avós e aos meus tios, e à minha madrinha, por todo o zelo e o apoio durante todos estes anos.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Caetano Dias Corrêa, pela solicitude e pelo rigor metodológico com o qual me norteou na elaboração deste trabalho.

Aos amigos do Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica – *Ius Commune*, especialmente ao Prof. Dr. Arno Dal Ri Jr., responsáveis diretos por despertar em mim, ainda nas primeiras fases do curso, o interesse pela busca contínua de indagações, subsídios e fundamentos sólidos para o estudo do direito.

Aos amigos de gestão do Centro Acadêmico XI de Fevereiro – CAXIF, com quem vivi os melhores momentos nestes anos de faculdade.

A todos os demais professores e amigos do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC que, cada qual a seu modo, participaram da minha trajetória ao longo da graduação.

*“He who knows only his own side of the case
knows little of that.”*

John Stuart Mill

RESUMO

O presente trabalho pretende evidenciar que o Novo Código de Processo Civil é estruturado em uma base teórica e normativa alicerçada na efetividade dos direitos fundamentais processuais e, especialmente, na dimensão substancial do princípio do contraditório, concebido como garantia de efetiva influência das partes na construção do provimento jurisdicional, o que repercute de maneira sistêmica na dinâmica processual e nos institutos processuais contemplados pelo novo sistema processual, sobretudo na regra de vedação à prolação de decisões-surpresa. Neste intuito, utiliza-se o método de abordagem dedutivo e o procedimento monográfico, bem como a técnica de documentação indireta, envolvendo a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental. Na abordagem do tema, parte-se da análise do conceito clássico do princípio do contraditório no direito processual brasileiro e a redefinição de sua concepção a partir de uma leitura com base na efetividade dos direitos fundamentais, verificando-se que a Constituição Federal contemplou o princípio do contraditório em dimensão substancial, o que orienta a estruturação normativa do novo sistema processual. Em seguida, apura-se a adoção do princípio do contraditório substancial no Novo Código de Processo Civil, notando-se a previsão de normas fundamentais enquanto diretivas constitucionais dos direitos fundamentais processuais, em meio a que se sobressai o princípio do contraditório enquanto lastro teórico-estrutural do novo sistema, bem como as repercussões do contraditório substancial nos demais princípios processuais previstos no Código, sobretudo nos deveres de boa-fé e na estrutura cooperativa de processo, e em outros institutos centrais do novo diploma, como a fundamentação das decisões judiciais e o sistema de precedentes. Então, explora-se os eixos teóricos e normativos que sustentam a concepção de que a prolação de decisões-surpresa viola o princípio do contraditório e examina-se o papel do juiz no debate processual, atestando-se o seu dever de observar o contraditório e suas consequentes repercussões na valoração jurídica da lide pelo juízo e no conhecimento de matérias de ofício. Por fim, reflete-se a extensão do novo dispositivo de vedação às decisões-surpresa, as potenciais consequências de sua observância e as repercussões da regra no sistema processual inaugurado pelo Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Princípio do contraditório substancial. Eficácia dos direitos fundamentais processuais. Normas fundamentais do processo civil. Vedação às decisões-surpresa. Código de Processo Civil.

RIASSUNTO

Questa ricerca propone dimostrare che il nuovo Codice di Procedura Civile è strutturato in una base teorica e normativa fondata sulla efficacia dei diritti fondamentali processuali e soprattutto la dimensione sostanziale del principio del contraddittorio, concepito come una garanzia di effettiva influenza delle parti nella costruzione della decisione dell'organo giurisdizionale, che riflette in modo sistemico nei istituti processuali previste nel nuovo sistema procedurale, in particolare nella regola di divieto di decisione della terza via. A questo scopo, si utilizza il metodo di approccio deduttivo e come procedimento il metodo monografico, così come la tecnica di documentazione indiretta, fatta attraverso la ricerca bibliografica e documentaria. Nell'approccio al tema, si parte dall'analisi del concetto classico del principio del contraddittorio nel diritto brasiliano e la sua ridefinizione da una visione basata sull'efficacia dei diritti fondamentali, dimostrando che la Costituzione ha contemplato il principio del contraddittorio in dimensione sostanziale, che guida la organizzazione normativa del nuovo sistema procedurale. Poi chiarisce l'adozione del principio del contraddittorio sostanziale nel nuovo Codice di Procedura Civile, osservando la previsione di norme fondamentali come direttive costituzionali dei diritti fondamentali processuali, tra i quali il principio del contraddittorio come fondamento teorico-strutturale del nuovo sistema, così come le ripercussioni del contraddittorio sostanziale in altri principi procedurali stabiliti dal Codice, in particolare nei doveri di buona fede e nella struttura cooperativa della procedura civile, e di altri istituti centrali della nuova legge, come il ragionamento delle decisioni giudiziarie e il sistema di precedenti giurisprudenziali. Dunque, viene analizzati gli assi teorici e normativi che sostengono l'idea che la consegna di decisione della terza via viola il principio del contraddittorio ed esamina il ruolo del giudici nel dibattito processuale, è attestato il suo obbligo di osservare il contraddittorio e la loro conseguente ripercussioni sulla valutazione giuridica della controversia da parte del giudice e la conoscenza di questione d'ufficio. Alla fine, è discusso l'estensione del nuovo dispositivo di divieto di decisione della terza via, le potenziali conseguenze della sua osservanza e le ripercussioni della regola nel sistema procedurale inaugurato dal nuovo Codice di Procedura Civile.

Parole chiavi: Principio del contraddittorio sostanziale. Efficacia dei diritti fondamentali processuali. Norme fondamentali di procedura civile. Divieto di decisione della terza via. Codice di procedura civile.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO DIREITO BRASILEIRO: DO CONTRADITÓRIO FORMAL AO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL	12
1.1 O conceito clássico do princípio do contraditório	12
1.2 A concepção do princípio do contraditório com base na efetividade dos direitos fundamentais: o contraditório substancial.....	18
1.3 O princípio do contraditório substancial na Constituição Federal de 1988.....	23
2 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A ESTRUTURAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	31
2.1 A adoção do princípio do contraditório substancial no Novo Código de Processo Civil	31
2.2 O princípio do contraditório substancial e as normas fundamentais do processo civil ..	38
2.3 Repercussões do princípio do contraditório substancial nos institutos processuais	51
3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A VEDAÇÃO À PROLAÇÃO DE DECISÕES-SURPRESA	62
3.1 Bases teórica e normativa da vedação às decisões-surpresa.....	62
3.2 O papel do juiz no debate processual: a extensão do <i>iura novit curia</i> e as matérias de conhecimento de ofício.....	67
3.3 A regra de vedação às decisões-surpresa no Novo Código de Processo Civil e suas implicações no novo sistema processual.....	73
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	79
REFERÊNCIAS	83

INTRODUÇÃO

A recente promulgação da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, intitulado Novo Código de Processo Civil, inaugura um novo sistema processual civil no país, sob o eixo normativo da Constituição da República de 1988, e pretende conceber maior efetividade aos direitos fundamentais por meio da atividade jurisdicional e do acesso à justiça.

Fruto de proeminente discussão doutrinária, entra na história como o primeiro Código de Processo promulgado em período democrático, com amplos debates em sua formação e a participação dos mais diferentes setores da sociedade civil. Perquirir as inovações do novo diploma e, especialmente, os fundamentos teóricos e normativos que embasam e orientam a concepção e a interpretação das novas regras processuais se revela indispensável para que se promova uma aplicabilidade efetiva da novel legislação, de acordo com os objetivos que orientaram a sua elaboração.

Neste contexto, o objeto do presente estudo concentra-se sobre o princípio do contraditório no novo sistema processual, particularmente sobre a adoção do princípio do contraditório substancial no Novo Código de Processo Civil.

O problema a ser enfrentado é se o Novo Código de Processo Civil toma por base uma orientação teórica e normativa lastreada na efetividade dos princípios constitucionais processuais e, especialmente, na dimensão substancial do princípio do contraditório, de modo a configurar sistema processual genuinamente diverso do diploma anterior e focado na efetivação dos direitos fundamentais.

Partimos da hipótese de que o Novo Código de Processo Civil se estrutura em uma base principiológica de matriz constitucional que orienta todo o sistema processual civil, no bojo da qual o princípio do contraditório, concebido como garantia de não surpresa e de efetiva influência no provimento jurisdicional, repercute de maneira sistêmica nos institutos processuais civis contemplados na nova legislação.

Assim, com o propósito de averiguar a adoção pelo Novo Código de uma formulação substancial do princípio do contraditório, entendido enquanto efetiva garantia de não surpresa e de influência das partes na construção do provimento jurisdicional, este trabalho abordará o tema em três capítulos, com a utilização do método de procedimento monográfico. Será utilizado o método de abordagem dedutivo. Já o desenvolvimento da temática irá observar a técnica de documentação indireta, envolvendo a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental.

Inicialmente, no primeiro capítulo, pretende-se pesquisar a conceituação clássica do princípio do contraditório no direito processual brasileiro e como a sua concepção sofreu uma

redefinição a partir de uma leitura voltada à efetividade dos direitos fundamentais, deixando uma visão estritamente formal e passando a consubstanciar garantia constitucional em dimensão substancial. Após, procura-se esmiuçar o conceito de contraditório substancial e a sua adoção pela Constituição Federal de 1988. Desta maneira, o capítulo trata da conceituação do princípio do contraditório substancial.

No segundo capítulo, procura-se analisar a conformação constitucional dos institutos processuais e a estruturação normativa do Novo Código de Processo Civil, no intuito de verificar a adoção do princípio do contraditório substancial no novo diploma e seus impactos na estruturação do sistema processual, especialmente a instituição de normas fundamentais do processo civil e as repercussões nos institutos processuais. Logo, o capítulo cuida da regulamentação do princípio do contraditório substancial.

Por fim, no terceiro capítulo, almeja-se examinar a regra de vedação à prolação de decisões-surpresa prescrita no Novo Código de Processo Civil. Abordam-se as bases teóricas e normativas do dispositivo, a redefinição do papel do juiz no debate processual e suas implicações no novo sistema processual. Portanto, o capítulo ocupa-se da concretização do princípio do contraditório substancial.

À vista disso, o estudo das implicações da adoção do princípio do contraditório substancial enquanto lastro teórico-estrutural do Novo Código de Processo Civil encontra relevância acadêmica e prática, o que motiva a apurada análise de seus desdobramentos no novo sistema processual civil brasileiro, que consiste no objetivo precípua desta monografia.

1. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO DIREITO BRASILEIRO: DO CONTRADITÓRIO FORMAL AO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL

O capítulo se propõe a investigar a concepção do princípio do contraditório prevista na Constituição da República Federativa do Brasil, para que se possa, com fundamento na normatividade constitucional, examinar as manifestações do princípio do contraditório no novo sistema processual instituído pelo Novo Código de Processo Civil.

Para tanto, analisa-se o conceito clássico do princípio do contraditório no direito processual brasileiro e a redefinição de sua concepção a partir de uma leitura com base na efetividade dos direitos fundamentais. Então, verifica-se as disposições do texto constitucional que permitem atestar que a Constituição Federal contemplou o princípio do contraditório em dimensão substancial, o que orienta toda a estruturação normativa do novo sistema processual.

1.1. O CONCEITO CLÁSSICO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

A expressa adoção da garantia ao contraditório no texto da Constituição é tradição do direito constitucional brasileiro. Embora historicamente proclamada ao processo penal, passou a constar expressamente prevista também aos processos civil e administrativo, apesar de a doutrina desde muito ressaltar sua aplicabilidade nestas searas (NERY JR., 2013).

A noção do que modernamente se conceitua princípio do contraditório é considerada pela doutrina contemporânea inerente à própria ideia de processo no Estado de Direito, por estar ligada de forma estreita ao legítimo exercício do poder, encontrando raízes históricas no direito romano (CINTRA *et al*, 2012). Sua concepção ao longo da história do direito ocidental vislumbrou diferentes momentos, com maior ou menor destaque e efetividade, sempre atrelado à própria estruturação do Estado e objetivos no exercício da jurisdição¹, bem como à própria teoria do processo.

Neste contexto, um marco conceitual é a identificação da autonomia do direito processual perante o direito material, e com isso o próprio nascimento da ciência autônoma do direito processual, com fundamento sobretudo na tese de Von Bülow sobre as exceções e pressupostos processuais, publicada em 1868 (DINAMARCO, 2010).

¹ A análise pormenorizada das manifestações do princípio do contraditório ao longo da história foge ao corte temático desta monografia, mas são indicados os estudos mais aprofundados de Dierle Nunes (2008), Cândido Rangel Dinamarco (2010) e Marcos Rezende (2014).

Foi com a teoria de Elio Fazzalari, a partir de 1958, porém, que o papel do contraditório como elemento central do próprio conceito de processo civil ganhou maior robustez, a denotar justamente o traço distintivo entre um procedimento qualquer e o processo², bem como ao afastar o instituto da jurisdição do conceito de processo (LAMY; RODRIGUES, 2012).

O processo seria, assim, um esquema mais complexo de procedimento, pela existência de uma estrutura dialética capaz de possibilitar a participação dos interessados na fase preparatória do provimento (NUNES, D., 2004). Nas palavras de Fazzalari, citado por Dierle Nunes (2006, p. 213):

Existe processo, então, quando no *iter* de formação de um ato existe contraditório, isto é, é consentido aos interessados de participar à fase de reconhecimento dos pressupostos sobre condições de recíproca paridade, de desenvolver atividades da qual o autor do provimento deve levar em consideração, os quais resultados ele pode desatender, mas não impedir.

Assim, de acordo com Fazzalari, o processo configura uma sequência normativa de posições subjetivas (faculdades, poderes e deveres) e de atos com o objetivo de formação de um provimento (decisão), realizada dinamicamente em contraditório, sendo a participação dos destinatários do provimento o elemento estrutural³ e legitimante das atividades processuais (NUNES, D., 2006).

A teoria de Fazzalari assenta as bases de um processo civil de cunho eminentemente democrático, haja vista ser indispensável a participação direta dos destinatários do provimento a ser emanado pelo órgão judicante. Sem esta participação, assegurada pelo respeito ao procedimento dialeticamente estruturado, não há sequer processo. Assim, o contraditório adquire condição de elemento estruturante do processo e do próprio exercício legítimo do poder jurisdicional, como destaca Fredie Didier Jr. (2015, p. 78):

² Elio Fazzalari parte das ideias de Feliciano Benvenuti, para quem processo e procedimento pertencem a um gênero comum, diferenciando-se pela estruturação do processo enquanto conjunto de atos e elementos observados em vistas à prolação de um ato final por um agente público tendente a gerar efeitos para outros sujeitos. Segundo Benvenuti, citado por Dierle Nunes (2006, p. 213): “No processo, de fato, os mesmos destinatários do ato têm a possibilidade de participar à concretização do poder naquele ato que é determinativo da sua posição jurídica. E isto explica enfim em modo evidentiíssimo como o processo é a forma típica de explicação da função jurisdicional. Porque a sentença da qual as partes são os destinatários é ato emanado antes de tudo em seu interesse, e só secundariamente no interesse do Estado à Justiça; onde sobretudo na explicação daquela função é sentida a necessidade que os destinatários sejam também partícipes do processo, isto é, concorram à determinação do ato no momento, melhor, na série de momentos nos quais o poder se concretiza.”

³ Assevera Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2003a, p. 114), com apoio em Piero Calamandrei: “Por isso mesmo, o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques.”

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder.

Logo, o contraditório é elemento estruturante do conceito de processo: processo é um procedimento em contraditório. Com efeito, precisar a concreta extensão do princípio do contraditório – sua dimensão normativa constitucional e o modo como há de ser efetivado dentro do ordenamento jurídico processual – importa edificar o próprio modelo processual com o qual as partes pretendem a tutela de seus direitos e o Estado exerce a função jurisdicional, cuja legitimidade depende da concessão de oportunidades às partes de participar da construção do provimento (MARINONI *et al*, 2015).

Dessa forma, a observância do procedimento estruturado em contraditório, estipulado pelo texto constitucional e pela legislação processual, é o legítimo mecanismo de proteção dos direitos, que alicerça toda a estrutura processual, como sublinha Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 157):

À base das exigências de cumprimento dos ritos instituídos em lei está a garantia de participação dos sujeitos interessados, pressupondo-se que cada um dos ritos seja desenhado de modo hábil a propiciar e assegurar essa participação. Dessa forma, cumprir o procedimento é também observar o contraditório: sendo apenas o aspecto visível do processo, ele, no fundo, não tem o seu próprio valor, mas o valor das garantias que tutela. O direito ao procedimento, que as partes têm e é solenemente assegurado mediante a cláusula *due process of law*, em substância é direito aos valores processuais mais profundos e notadamente a participação em contraditório.

Nesta conjuntura, assente que o contraditório constitui elemento intrínseco à noção de processo, no âmbito de um Estado de Direito democrático, mostra-se fundamental analisar de modo mais profundo o conceito de contraditório e a extensão que lhe é reconhecida. A ciência processual brasileira, na segunda metade do século XX, identificava pacificamente o papel central do contraditório na teoria do processo e sua absoluta indispensabilidade na atuação processual. Nas palavras de Enrico Tullio Liebman, citado por Dierle Nunes (2004, p. 73):

Garantia fundamental de justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo o qual todas as partes devem ser colocadas em grau de expor ao juiz as suas razões antes que ele pronuncie sua decisão. [...] As partes devem poder desenvolver as suas defesas de modo pleno e sem arbitrárias limitações. Qualquer disposição legal que esteja em contraste com esta regra deve considerar-se inconstitucional e por isso inválida.

Neste momento da doutrina processual brasileira, sobretudo nos anos que se seguiram ao advento do Código de Processo Civil de 1973, redigido por Alfredo Buzaid, que inaugurou um novo sistema processual civil no país⁴, o conceito do contraditório era enunciado majoritariamente em uma perspectiva formal: ciência bilateral dos atos do processo e concessão às partes de isonômicas possibilidades de manifestação (OLIVEIRA, 1993).

O princípio⁵ do contraditório era concebido pela clássica doutrina brasileira como dever de bilateralidade de audiência, a permitir às partes uma intervenção em reação à ação da outra. Da lição de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2012, p. 64):

Princípio do contraditório denota ‘princípio da audiência bilateral e encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo’.

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético.

Nesta linha, a garantia do contraditório era reputada atendida desde que tivessem as partes o conhecimento dos atos do processo e lhe houvessem sido dadas a oportunidade de se manifestarem ao longo da trajetória processual (NERY JR., 2013). Consistiria em manifestação pelo binômio “informação-reação”, sob influência do princípio constitucional da isonomia (MEDINA, 2014).

Com isso, o princípio do contraditório acabou por adquirir a dimensão de uma mecânica contraposição de direitos e obrigações, em vistas puramente a proporcionar às partes a devida informação e possibilidade de reação (THEODORO JR.; NUNES, D., 2009). Tanto assim que

⁴ Segundo Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2003a), o Código de Processo Civil de 1973, de caráter individualístico e liberal, se mostrava em certa contradição com as diretrizes do sistema constitucional brasileiro mesmo antes da promulgação da Constituição da República de 1988, o que passou a ser contraposto por meio da edição de leis extravagantes e por reformas pontuais introduzidas na estrutura do Código, que viriam a paulatinamente conformar o diploma processual às diretrizes constitucionais.

⁵ Adota-se, para os fins deste trabalho, o conceito de princípio jurídico cunhado por Humberto Ávila (2008, pp. 78-79): “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

diversas obras de processo civil o tratavam como “princípio da bilateralidade de audiência”⁶, ao invés de nomeá-lo princípio do contraditório, como se infere da definição de Ovídio A. Baptista da Silva (1998, pp. 67-69):

O princípio da audiência bilateral, também conhecido como princípio do contraditório, é certamente o princípio cardeal para a determinação do próprio conceito de função jurisdicional. [...] Dá expressão a um princípio de natureza constitucional no direito brasileiro, que é o *direito de defesa*, ou direito ao devido processo legal.

Portanto, pode-se dizer que o conteúdo clássico de contraditório no direito processual civil brasileiro corresponde a uma noção formal do princípio: informadas as partes e oportunizada a manifestação processual, o contraditório estaria devidamente respeitado.

Esta concepção implica que o contraditório teria como destinatários apenas os litigantes, e não o juiz, encerrando seu conteúdo no binômio conhecimento-reação. Destarte, o órgão jurisdicional teria o dever de assegurar às partes a observância do contraditório, pela necessidade de dar às partes conhecimento dos atos do processo e possibilitar-lhes a reação aos atos desfavoráveis, mas não seria ele (no fundo, suas decisões⁷) submetido aos controles do contraditório (NERY JR., 2013). Identificando nesta visão o conteúdo mínimo do princípio do contraditório, sublinha Fredie Didier Jr. (2015, p. 78):

A garantia de participação é a dimensão *formal* do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de *ser ouvido*, de participar do processo, de ser comunicado, de poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte.

Esta visão de contraditório somente pode servir a uma estrutura procedimental orientada para a perspectiva de formação do provimento unilateralmente pelo juiz (THEODORO JR. *et al*, 2016b), em uma concepção fortemente atrelada à ideia antiga de que o direito deveria ser dito exclusivamente pelo juiz, sem interferência das partes (OLIVEIRA, 1993).

⁶ Assim, por exemplo, as obras de Marcelo Abelha Rodrigues (1998), de José Frederico Marques (1986) e de Ovídio Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes (2009).

⁷ Este o destaque de Dierle Nunes (2012, p. 225): “De princípio fundante do processo que asseguraria influência e compensação das desigualdades entre as partes – simétrica paridade –, passou o contraditório a se contentar com uma aplicação formal, numa lógica de direitos e obrigações. Tal contraposição de teses nem mesmo necessitava encontrar ressonância nas decisões do juiz ativo e hierarquicamente sobreposto às partes”.

Tal concepção encontrava amparo, especialmente, na corrente da teoria da decisão jurídica majoritária à época⁸, a qual afirmava que o órgão jurisdicional atuava pela pura subsunção da hipótese legal ao caso concreto, de modo que a interpretação, neste contexto, consistiria na comprovação de que, para aquela determinada situação de fato, estariam reunidas as condições da consequência jurídica prevista em lei – interpretação esta que era entendida como a única possibilidade válida de aplicação do direito: para cada caso haveria apenas uma solução juridicamente legítima (GRAU, 2014).

Em outras palavras, a noção de contraditório como bilateralidade da audiência está asentada sobre a visão de que caberia às partes dar conhecimento ao órgão jurisdicional dos fatos do conflito, e a este competiria precipuamente definir a regra jurídica aplicável ao caso⁹, ou, em outras palavras, declarar a norma jurídica cabível (MARINONI *et al*, 2016b). Esta noção acabou por esvaziar em grande medida a função dialética do contraditório dentro da estrutura processual, relegando ao diálogo processual uma importância secundária (CAVANI, 2013).

No limite, esse esvaziamento da importância do diálogo processual – uma vez que inexistiria dever do órgão julgante de levar efetivamente em consideração a contraposição de teses promovida pelas partes na formação do provimento final, mas apenas o dever de informá-lhes e possibilitar-lhes a manifestação – acaba por renegar o próprio papel democrático do processo no Estado Constitucional de Direito (CÂMARA, 2015).

Afinal, pouco adiantaria garantir que as partes pudessem falar, se não lhes fosse assegurado o direito de serem ouvidas, isto é, de que existisse o dever de o juiz levar em consideração os argumentos levantados por elas. Se o sistema processual admitir que o órgão julgante possa proferir decisões que desconsiderem o teor das manifestações das partes sobre o caso, então significa dizer que se admitiria um processo judicial sem a participação democrática das partes na construção do provimento jurisdicional – algo que, além de contrastar com o modelo de processo proclamado pela Constituição Federal, acaba por negar o próprio conceito de processo jurisdicional democrático, entendido como procedimento em contraditório.

⁸ Assim o explica Eros Roberto Grau (2014, pp. 27-40), ao abordar a visão tradicional de que a interpretação judicial consistiria em mera subsunção, teoria esta que teria perdido espaço para a moderna teoria da decisão, a partir da “nova hermenêutica” e a distinção entre texto e norma, identificada sobretudo pelos pensamentos de Ascarelli, Heidegger, Gadamer e Josef Esser.

⁹ Percepção manifestada no brocardo romano *da mihi factum, dabo tibi ius* (“dá-me os fatos, que te darei o direito”); sendo que era da cultura do processo civil brasileiro a admissão de decisões fundadas em argumentos jurídicos não suscitados pelas partes e não sujeitos ao debate prévio, mas trazidos à causa pelo juiz (CÂMARA, 2015).

Nesta ótica, passou-se a refletir que simplesmente conferir às partes a possibilidade de se manifestar não seria dimensão suficiente do princípio do contraditório. A participação democrática dos litigantes no processo só seria possível com uma redefinição da concepção do princípio do contraditório que focalizasse o seu papel constitucional, sobretudo a sua centralidade na consolidação de um modelo constitucional de processo.

1.2. A CONCEPÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COM BASE NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL

A doutrina brasileira, atenta às limitações à efetiva participação processual promovida pela concepção do princípio do contraditório como bilateralidade de audiência, passou a buscar uma redefinição do conceito de contraditório que pudesse resgatar o caráter democrático do processo. Diversos autores passaram a defender que a efetividade do princípio do contraditório passaria pela relação lógica e dialética entre o debate travado em juízo e o provimento emanado pelo juiz. Ou seja, o órgão jurisdicional teria o dever de levar em consideração os argumentos jurídicos deduzidos pelas partes, que participariam ativamente da construção do provimento, como defende Leonardo Carneiro da Cunha (2012, pp. 356-357):

O contraditório, atualmente, tem uma dimensão maior, passando a ostentar uma noção mais ampla de contraditoriedade. Tal noção deve ser entendida como garantia de *efetiva participação* das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado, contribuindo na descrição dos fatos, na produção de provas e no debate das questões de direito. [...]
Significa que a principal finalidade do contraditório deixou de ser a apresentação de *defesa* pelo réu, para passar a ser *influência* no desenvolvimento e no resultado do processo.

Estas ideias passaram encontrar maior ressonância na doutrina e na jurisprudência, sob influência, sobretudo, da teoria dos direitos fundamentais¹⁰ e da moderna teoria da interpretação. A respeito das razões pelas quais o direito ao contraditório, outrora retido às alegações de fato (e portanto satisfeito com o conceito de bilateralidade da audiência) avançou ao campo das

¹⁰ Emprega-se, nesta monografia, o conceito de direitos fundamentais enquanto “direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado” (SARLET, 2015a, p. 30), perspectiva trabalhada detalhadamente por Ingo Wolfgang Sarlet (2015a). Complementa-lhe o sentido a reflexão de Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 02): “Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundantes da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais [...] formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático”.

alegações jurídicas, explicam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero (2016b, pp. 504-505):

Ao tempo em que se entendia que a jurisdição apenas interpretava uma norma preexistente e que para cada caso havia apenas uma norma aplicável (cognitivismo interpretativo), a legitimidade democrática da solução jurídica do caso advinha do fato de o caso ser resolvido por uma norma legitimada pela atuação do Poder Legislativo (democracia representativa). Quando se passou a entender que a jurisdição, ao interpretar, outorga um sentido possível ao texto, dentre vários aceitáveis (adscriitivismo interpretativo), e que nem sempre é aplicável ao caso apenas uma única norma, a legitimidade democrática passou a depender não só da vinculação do juiz aos *dispositivos* da Constituição e da legislação aplicáveis, mas também da prévia oportunidade de participação das partes na decisão (democracia participativa). Portanto, é na teoria da interpretação que reside o elemento que justifica os novos contornos do contraditório no processo civil.

A decisão judicial consubstancia criação de regra jurídica no caso concreto decorrente da escolha fundamentada de uma interpretação dos fatos e das teses jurídicas pertinentes dentre as possibilidades cognoscíveis pelo intérprete (na hipótese, o magistrado), tomando por base as normas que compõem o ordenamento jurídico (GRAU, 2014).

Assim, a moderna teoria da interpretação¹¹ confere ao diálogo processual todo um novo significado. Sendo a decisão jurídica concretização de uma possibilidade interpretativa da situação fática e das regras jurídicas aplicáveis ao caso dentre um conjunto de possibilidades interpretativas¹², as diferentes visões que as partes fornecem ao órgão jurisdicional têm o condão de influir diretamente na escolha da tese decisiva.

Estas considerações da teoria da interpretação carregam o potencial de uma redefinição da estrutura dialética do processo, fundada sobre o respeito ao procedimento em contraditório, cuja legitimidade repousa na participação das partes na construção do provimento final, e permite uma nova leitura constitucional do princípio do contraditório, sobretudo em razão da função central que ele adquire na estruturação do conceito de processo no Estado Constitucional, como destacam Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2015b, p. 759):

¹¹ Não consiste no objeto desta monografia o estudo acurado da teoria da interpretação jurídica e da teoria da decisão judicial, temas que demandam específica atenção, razão por que se remete às obras de Eros Roberto Grau (2014) e de Humberto Ávila (2008) para abordagens mais completas destes pontos.

¹² Destaca, a respeito, Eros Roberto Grau (2014, pp. 39-45): “As *disposições*, os *enunciados*, os *textos*, nada dizem. Passam a dizer algo apenas quando efetivamente convertidos em *normas* (isto é, quando – através e mediante a *interpretação* – sejam transformados em *normas*). Por isso, as *normas resultam da interpretação*, e podemos dizer que elas, enquanto *disposições*, nada dizem: elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem. [...] A norma é produzida não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (*mundo do dever-ser*), mas também a partir de elementos da realidade (*mundo do ser*).”

Previsto conjuntamente com o direito à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), o direito ao contraditório constitui a mais óbvia condição do processo justo e é inseparável de qualquer ideia de administração organizada de Justiça, funcionando como verdadeiro ‘*cardine della ricerca dialettica*’ pela justiça no caso concreto. Tamanha a sua importância que o *próprio conceito de processo* no Estado Constitucional está construído sobre sua base. O direito de ação, como direito ao processo justo, tem o seu exercício balizado pela observância do direito ao contraditório ao longo de todo o arco procedimental. É fácil compreender, portanto, a razão pela qual a doutrina nele enxerga uma verdadeira *Magna Charta* do processo judicial.

No âmbito do Estado Constitucional brasileiro, esta previsão conforma as bases do regime democrático e proclama a democracia dentro e por meio do processo¹³. Sendo a participação popular característica indissociável da democracia, e a participação elemento indispensável do processo – aí o princípio fundamental do contraditório –, verifica-se que Constituição Federal pretendeu adotar um modelo democrático de processo civil, ao garantir-lhe como elemento fundante a participação direta dos afetados pelo processo. E é nesta dimensão democrática que o conteúdo do princípio do contraditório pode ser melhor concretizado: a garantia de participação. Nesta linha, defende Dierle Nunes (2012, pp. 258-260):

Na ótica democrática, o contraditório vem reassumir o seu papel de fomentador e garantidor da comparticipação e do debate, ao ser encarado em perspectiva normativa.

O resgate do papel da participação no espaço público processual de todos os envolvidos (cidadãos ativos), na perspectiva policêntrica e comparticipativa, permitirá o redimensionamento constitucional da atividade processual e do processo, de modo a guindá-lo a seu real papel de garantidor de um debate público e dos direitos fundamentais, de uma estrutura dialógica de formação de provimentos constitucionalmente adequados.

Neste panorama, o contraditório é compreendido como a garantia conferida às partes de que participarão do procedimento que se destina à prolação de decisão que as afetem, ou, sob outro prisma, o resultado do processo (provimento jurisdicional) deve ser fruto do debate processual com efetiva participação dos interessados (CÂMARA, 2015).

Há necessidade, porém, de se especificar o que quer dizer participação no processo em perspectiva democrática, em vistas da conferência da maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

¹³ No mesmo rumo o entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha (2012, pp. 59-60): “O processo, para ser efetivo, deve ser estruturado de forma dialética, atendendo ao princípio do contraditório, em virtude do qual o processo há de ser participativo. E nem poderia ser diferente, porquanto a participação, própria do contraditório, é inerente ao regime democrático.”

O contraditório entendido em sua acepção clássica, de bilateralidade de audiência, não deixa de ser uma garantia de participação, que é o significado mais elementar da própria noção de contraditório. Esta concepção não esgota, como visto, o conteúdo do contraditório na dimensão que a Constituição Federal lhe permite assegurar.

Ora, se a preocupação do modelo constitucional de processo passa a ser promover a efetividade dos direitos fundamentais, a conferir-lhes concreta proteção prática e não apenas uma proclamação formal, com o contraditório não faria sentido que fosse diferente: não basta proclamar o direito à participação no processo, deve-se garantir que esta participação seja efetiva.

A efetividade da participação do contraditório pode ser vista sob a perspectiva de que o órgão julgador tem o dever de levar em consideração aquilo que for alegado pelos sujeitos processuais, de modo que as partes teriam o direito não apenas de falar, mas de serem ouvidas e de que os seus argumentos fossem detidamente contemplados pelo órgão jurisdicional quando da prolação da decisão (MENDES *et al*, 2009). Este enfoque é o que a doutrina processual brasileira destaca como direito de “influência”, no que significa o direito de influir nos rumos da decisão judicial, participando ativamente da construção do provimento¹⁴. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni *et al* (2016b, p. 504):

Ao binômio conhecimento-reação tem-se oposto a ideia de *cabal participação como núcleo-duro do direito ao contraditório*. É lógico que o contraditório, no processo civil do Estado Constitucional, tem significado completamente diverso daquele que lhe era atribuído à época do direito liberal. Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. *Significa participar do processo e influir em seus rumos*. Isto é: *direito de influência*.

Dessa forma, o papel fundamental do princípio do contraditório é assegurar a influência dos argumentos aventados pelos sujeitos processuais (NUNES, D., 2012), o que lhe confere

¹⁴ Nesta esteira, destaca Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2015, p. 148): “O contraditório, na linha da constitucionalização das garantias processuais, não mais se restringe à oitiva formal das partes quanto aos diversos atos processuais, mas passa a exigir, de modo dinâmico e dialético, o efetivo diálogo e participação, possibilitando que a tutela jurisdicional a ser proferida alcance os objetivos da efetividade, celeridade e justiça. Ou seja, devem-se garantir o debate e o direito de ‘influenciar na formação da decisão’, isto é, no resultado do processo, em consonância com a ‘democratização’ do sistema jurisdicional.” Também o proclama José Miguel Garcia Medina (2014, p. 165): “Modernamente, entende-se que somente se considera atendido o princípio se for propiciada às partes a *participação real e efetiva* na realização dos atos preparatórios da decisão judicial”. Similarmente, asseveram Humberto Theodoro Jr. e Dierle Nunes (2009, p. 108): “Dentro desse enfoque se verifica que há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa”.

forte carga de efetividade, impondo que o processo promova um ambiente de debate participativo entre os sujeitos potencialmente atingidos pelos resultados do processo, em vistas à construção de um provimento final cuja legitimidade repousa justamente no caráter democrático do processo¹⁵.

Por via de consequência, a dinâmica processual é alterada de modo significativo, pois esta perspectiva implica que “todas as decisões definitivas do juízo se apoiem tão somente sobre questões previamente debatidas pelas partes, isto é, sobre matéria debatida anteriormente pelas partes. Em outras palavras, veda-se o juízo de ‘*terza via*’. Há proibição de *decisões-surpresa*.” (SARLET *et al*, 2015b, p. 761).

Isto porque a imposição constitucional de que o processo se desenvolva de forma democrática, com efetiva participação dos destinatários do provimento jurisdicional no procedimento em contraditório, acarreta a indispensabilidade de que as partes tenham possibilidade de se manifestar sobre todos os pontos que possam servir de apoio para a decisão, pois as partes têm o direito de confiar que a solução da causa será obtido a partir do material previamente conhecido e debatido (MARINONI *et al*, 2015). Desta constatação que advém a vedação à prolação de decisões-surpresa, a qual será objeto de análise aprofundada mais adiante.

Justamente esta compreensão do conteúdo do princípio do contraditório que podemos chamar de contraditório substancial¹⁶, como defende Fredie Didier Jr. (2015, p. 79):

Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do ‘poder de influência’. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Essa dimensão substancial do contraditório impede a prolação de decisão surpresa; toda decisão submetida a julgamento deve passar antes pelo contraditório. [...] ‘A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas’.

¹⁵ Quanto ao ponto, analisa Gustavo Henrique Schneider Nunes (2016, p. 06): “O exercício jurisdicional só será legítimo quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais, com a efetiva participação dos sujeitos interessados, pois, nas democracias, todo poder é legitimado pela participação. Busca-se a legitimação pelo procedimento, ou, no ponto, a ‘legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal’, até mesmo porque o contraditório acarreta uma importante limitação à atuação do juiz.”

¹⁶ Parte da doutrina utiliza a expressão “contraditório dinâmico”, como Humberto Theodoro Jr. *et al* (2016b) e Fernando Jayme e Marcelo Franco (2014). Preferimos adotar nesta monografia a expressão “contraditório substancial” por representar mais precisamente a leitura de efetividade dos direitos fundamentais entendidos em dimensão substancial, assim como por ser de utilização majoritária na doutrina.

À vista disso, temos que uma leitura do princípio do contraditório à luz da efetividade dos direitos fundamentais¹⁷ e do modelo constitucional de processo democrático importa concebê-lo como garantia de efetiva participação das partes no curso do procedimento e na construção do provimento jurisdicional, manifestados pelos caracteres do direito à influência e da vedação às decisões-surpresa; perspectiva que altera as bases da dinâmica processual, submetendo tanto as partes quanto o juiz ao contraditório, e reforça o caráter dialético do processo, cujos resultados devem se apoiar exclusivamente sobre fundamentos provenientes do debate processual.

1.3. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consolidou o Brasil como um Estado Constitucional de Direito, que reconheceu à Carta Política a superioridade hierárquica em relação a todas as demais normas do ordenamento jurídico nacional¹⁸.

O reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a ser encarada como principal veículo normativo do sistema jurídico, com eficácia imediata, é uma das principais características do pensamento jurídico contemporâneo, que interfere substancialmente na aplicação e na própria concepção do direito processual civil (DIDIER JR., 2015).

A Constituição proclama os valores, as regras e os princípios¹⁹ mais relevantes para a compreensão do fenômeno jurídico, e tem no processo um mecanismo de afirmação e de efetividade dos direitos nela reconhecidos (CAMBI, 2011). Ela estabelece as normas fundamentais

¹⁷ Fundamental marco teórico da visão do processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais na doutrina brasileira, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2011, p. 146) reforça a importância da qualificação substancial do princípio do contraditório: “Faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental. Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente.”

¹⁸ A respeito, explica Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p. 350): “O reconhecimento dessa força normativa da Constituição, juntamente com a nova hermenêutica constitucional e com a ampliação da jurisdição constitucional, são os três elementos que viabilizaram a constitucionalização do direito, entendida como um fenômeno de expansão da aplicabilidade das normas constitucionais, cujo conteúdo axiológico se irradia, com força normativa, sobre todo o sistema jurídico. Os princípios constitucionais passam a condicionar a validade e o sentido de todo o ordenamento.”

¹⁹ O conceito e a distinção entre valores, regras e princípios provoca intenso debate na doutrina especializada, que apresenta significativa divergência de entendimento. A análise pormenorizada deste debate, todavia, não engloba os objetivos deste trabalho, razão por que se remete às obras de Humberto Ávila (2008), Eros Roberto Grau (2014) e Nelson Nery Jr. (2013).

do processo, que consubstanciam o modelo constitucional de processo civil²⁰, definidores não apenas do modo de ser do sistema processual mas também dos resultados que pretende atingir através do processo (SOUZA, 2014). Neste sentido, ensina Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 27):

A tutela constitucional do processo tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional. [...] O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.

Por esta razão, a própria definição de processo civil, seus objetivos e suas diretrizes estão absolutamente atrelados aos princípios constitucionais do processo, previstos dentre os direitos fundamentais proclamados pela Constituição Federal. Assim o sintetiza Alexandre Freitas Câmara (2015, p. 02):

O processo civil brasileiro é um procedimento em *contraditório*, que se desenvolve de forma *isonômica* perante o *juiz natural*, destinado a permitir a construção de decisões *fundamentadas* em *tempo razoável* sobre qualquer pretensão que se deduza em juízo (já que é garantido o *acesso universal à justiça*). É, enfim, um devido processo legal (entendido como *devido processo constitucional*).

Nesta estrutura, a doutrina destaca a centralidade do princípio do devido processo legal, insculpido no art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República, a partir do qual todos os demais princípios constitucionais processuais emergiriam²¹. Por conta disso, o devido processo legal

²⁰ Neste sentido, explica Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2003a, pp. 83-84): “A Constituição passa a influenciar de forma direta a posição jurídico-material dos indivíduos perante os tribunais, garantindo posições jurídicas subjetivas, assumindo natureza de direitos de defesa perante os poderes públicos com dimensão objetivo-institucional, funcionando como princípios jurídico-objetivos para a conformação dos tribunais e do processo judicial.”

²¹ Nesta linha, por todos, colhe-se do pensamento de Humberto Ávila (2011, p. 413): “Como, porém, o ideal de protetividade de um direito fundamental é muito amplo, podendo haver problemas de coordenação, conhecimento e controle relativamente a quais são os elementos que podem ser dele deduzidos, o constituinte não apenas incluiu na Constituição um dispositivo a respeito do 'devido processo legal', como, ainda, fez constar vários elementos que dele deveriam ser deduzidos: juiz natural (art. 5º, XXXVII), imparcial (art. 95), ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV e LVI), motivação (art. 93, IX), publicidade (art. 5º, LX, art. 93, IX), proibição de prova ilícita (art. 5º, LVI).”

pode ser entendido como direito fundamental ao processo justo²², que impõe deveres organizacionais ao Estado no exercício da jurisdição e a conformação da regulamentação infraconstitucional do processo aos preceitos constitucionais²³ (SARLET, 2015b).

A explicitação das garantias processuais fundamentais derivadas do princípio do devido processo legal é uma forma de enfatizar a importância e o dever de efetivação dessas garantias (NERY JR., 2013), especialmente ao inseri-las no núcleo protetivo dos direitos fundamentais, contexto em que se encontra o princípio do contraditório²⁴.

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao prever em seu art. 5º, inc. LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, proclamou o princípio do contraditório como um direito fundamental, incorporando-lhe, dessa maneira, à própria essência do Estado Constitucional brasileiro. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2015a, pp. 59-61):

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.

[...] os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.

Assim, o direito fundamental ao contraditório²⁵, ao lado dos demais direitos processuais fundamentais, encontra-se na base normativa do ordenamento jurídico e corresponde a um dos alicerces do modelo constitucional de processo.

²² A utilização da expressão “processo justo” não guarda relação com qualquer ânsia de que o resultado do processo corresponda com um ideal axiológico de justiça, em uma perspectiva valorativa da atividade processual; mas quer significar que seja o processo adequado às garantias processuais previstas na Constituição, em fiel observância aos desdobramentos do princípio do devido processo legal (NERY JR., 2013), assim como empregado por Humberto Ávila (2011, p. 413): “A Constituição, para não deixar dúvidas com relação à existência de um direito à proteção de direitos, resolveu explicitar o direito a um processo adequado ou justo. Nesse sentido, a expressão composta de três partes fica plena de significação: deve haver um processo; ele deve ser justo; e deve ser compatível com o ordenamento jurídico, especialmente com os direitos fundamentais.”

²³ Nessa linha, destaca Luiz Guilherme Marinoni *et al* (2016b, p. 491): “O direito ao processo justo constitui princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional. É o *modelo mínimo* de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais.”

²⁴ Conforme Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2003a, p. 86): “o aspecto mais essencial do devido processo legal é o de assegurar o contraditório e a ampla defesa”.

²⁵ Três aspectos essenciais implicados na concepção dos direitos fundamentais no âmbito processual merecem destaque, de acordo com Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2011a, p. 143): “a) a normatividade do direito fundamental, norteadora não só da regulação legislativa do processo, como também do regramento da conduta das partes e do órgão judicial no processo concreto e ainda na determinação do próprio conteúdo da decisão; b) a supremacia do direito fundamental: ‘não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais’; c) o caráter principiológico do direito fundamental, a iluminar as

A previsão constitucional dos direitos processuais encontra justificativa, sobretudo, na concepção de que não basta que a Constituição proclame direitos fundamentais sem conferir os meios que permitam o seu concreto exercício pelos cidadãos, de modo que os direitos fundamentais processuais correspondem a um efetivo direito à tutela adequada dos direitos (MARINONI *et al*, 2016b).

Os direitos fundamentais processuais denotam garantias positivas do exercício das liberdades, a reclamar uma postura ativa do Estado para que coloque à disposição dos indivíduos prestações capazes de garantir-lhes os meios materiais (criação e conformação de órgãos e repartições) e jurídicos (emissão de normas e adoção de medidas que objetivem garantir participação efetiva no procedimento) que lhes possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais (MENDES, 2004).

Logo, percebe-se que a Constituição Federal impõe como objetivo central do processo a efetivação dos direitos fundamentais²⁶, promovendo uma aproximação para com o direito material e com os resultados concretos da prestação jurisdicional. A jurisdição (poder estatal) atua por meio do processo, em função de que, se os fins do Estado Constitucional são em detida análise a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, a própria finalidade da jurisdição corresponde igualmente à salvaguarda dos direitos fundamentais (MARINONI *et al*, 2016b). Na mesma linha a posição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2011a, p. 140):

Realmente, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexidade entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido.

Esta dimensão do processo em perspectiva constitucional afasta a concepção eminentemente formalista do processo civil, para quem o exercício da jurisdição limitava-se a dizer o

regras já existentes, permitindo ao mesmo tempo a formulação de outras regras específicas para solucionar questões processuais concretas”.

²⁶ Assevera Humberto Ávila (2011, p. 410): “O processo não é independente dos direitos fundamentais que se pretende, verdadeira e supostamente, realizar. O processo, em vez disso, é instrumento para a realização desses mesmos direitos. [...] *Ubi jus, ibi remedium*. Onde há um direito, há um remédio, costuma-se, há muito, dizer. A proteção, em outras palavras, é elemento essencial do próprio direito fundamental.”

direito nos litígios que lhe fossem submetidos, e passa-o a conceber como resultado da “operação de um núcleo de direitos fundamentais que atuam sobre uma base procedimental formada de meios que necessitam adequar-se aos fins de forma tão rica quanto a diversidade dos direitos materiais a serem tutelados²⁷” (LAMY; RODRIGUES, 2012, pp. 60-61).

A Constituição Federal de 1988, além de prever os direitos processuais como mecanismos para efetiva tutela dos direitos, proclamou em seu art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”²⁸.

Em função desta previsão, os direitos fundamentais processuais não dependem da edição de leis infraconstitucionais para que produzam efeitos, assim como não podem ser condicionados à regulamentação legal. Explica Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2011a, p. 142):

Esta última disposição constitucional reveste-se de grande significado. Por um lado, principalmente em matéria processual, os preceitos consagradores dos direitos fundamentais não dependem da edição de leis concretizadoras. Por outro, na Constituição brasileira, os direitos fundamentais de caráter processual ou informadores do processo não tiveram sua eficácia plena condicionada à regulação por lei infraconstitucional.

Esta previsão constitucional, contudo, não afasta a possibilidade de que a legislação regule os contornos e os limites desses direitos, definindo concretamente seu âmbito de proteção; mas reforça a atribuição de eficácia superior aos direitos fundamentais (MENDES, 2004), que independem de tais regulamentações para que gozem de aplicabilidade plena. Nesta linha, esclarece IngoWolfgang Sarlet *et al* (2015b, p. 364):

Com efeito, crucial relevar que a aplicabilidade imediata não significa em hipótese alguma a irrelevância da legislação infraconstitucional, que, aliás, dá vida e concretude aos direitos fundamentais, mas sim, como já frisado, que a ausência eventual de lei não pode servir de obstáculo absoluto à aplicação da norma de direito fundamental e da extração de efeitos úteis, cuja extensão, sobretudo no que diz com a dedução de posições subjetivas, irá depender de qual é o direito em causa e de seus limites fáticos e jurídicos.

²⁷ No mesmo sentido, sublinha Antonio do Passo Cabral (2005, pp. 60-61): “Esta eficácia objetiva dos direitos fundamentais importa em dispersão de seus preceitos por todo o ordenamento, sendo válidos para todas as relações jurídicas e desvinculada sua aplicação de qualquer limitação subjetiva de que os poderia invocar”.

²⁸ A delimitação da eficácia imediata dos direitos fundamentais e a extensão do conteúdo normativo do art. 5º, § 1º, da Constituição da República, consistem em discussões profundas no direito constitucional brasileiro, com amplo debate doutrinário, de modo que sua análise global e pormenorizada escapa ao objeto do presente estudo, cujo foco recai sobre os direitos fundamentais processuais. Uma visão mais completa do tema pode ser encontrada na obra de Ingo Wolfgang Sarlet (2015a).

Assente que os direitos fundamentais processuais têm aplicabilidade imediata e objetivam resguardar a justa ou adequada tutela dos direitos, podendo ser eventualmente regulamentados, mostra-se indispensável precisar qual a extensão da eficácia atribuída pela norma constitucional a estes princípios, para que se possa apontar concretamente o que a Constituição pretende efetivar com a observância do princípio do contraditório (e os demais princípios que integram o modelo constitucional de processo).

Neste panorama, reconhece-se a perspectiva de que a norma do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal estabelece ao Estado a tarefa de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, em uma espécie de mandado de otimização²⁹, como explica Ingo Wolfgang Sarlet (2015a, pp. 280):

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbe a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar que a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentabilidade formal no âmbito da Constituição.

Estas considerações permitem assentar a extensão conferida ao princípio do contraditório pela Constituição de 1988: a concessão da maior eficácia possível, dentro das finalidades da jurisdição no Estado Constitucional de promover a adequada e efetiva tutela dos direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, percebe-se que o conteúdo constitucional do contraditório corresponde à garantia da participação do indivíduo no exercício da jurisdição. No fundo, esse é o grande papel do contraditório dentro do modelo de processo proclamado pela Constituição da República: garantir a participação direta das partes dentro do processo.

A promoção da máxima eficácia aos direitos fundamentais contempla a dimensão substancial do princípio do contraditório, que proclama a efetiva participação dos cidadãos na construção do provimento jurisdicional, com a garantia de influência no convencimento do juízo e de vedação à prolação de decisões-surpresa (MARINONI *et al*, 2016b).

²⁹ Posição defendida, entre outros, por J.J. Gomes Canotilho, Konrad Hesse e Flávia Piovesan (SARLET, 2015a). Para uma abordagem mais completa desta visão, adotada nesta monografia, remete-se às obras de Gilmar Ferreira Mendes *et al* (2009), Luís Roberto Barroso (2009) e, principalmente, Ingo Wolfgang Sarlet (2015a).

Logo, percebe-se que a Constituição Federal preconiza a dimensão substancial do princípio do contraditório, que orienta o sistema processual a promover a efetiva participação das partes em juízo, em perspectiva democrática voltada à máxima efetividade dos direitos fundamentais, dentre os quais o próprio princípio do contraditório.

A visão de que a Constituição Federal proclamou o aspecto substancial princípio do contraditório já teve a oportunidade de ser reconhecida, em certa medida, pelo Supremo Tribunal Federal, que apontou a extensão prática reconhecida ao contraditório e reforçou o dever do órgão julgador de analisar séria e detidamente as razões apresentadas pelas partes na prolação da decisão, consoante se extrai do acórdão de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, prolatado no julgamento do MS 25.787/DF, pelo Tribunal Pleno, em 08/11/2006:

Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, 1969. T.V, p. 234*). [...]

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar. [...]

Daí afirmar-se, corretamente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) **direito de informação** (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) **direito de manifestação** (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) **direito de ver seus argumentos considerados** (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas. [...]

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões. (BRASIL, 2007, grifo no original).

Destarte, tendo fixado que a leitura da Constituição da República na perspectiva da efetividade dos direitos fundamentais ocasiona o reconhecimento do conteúdo substancial do princípio do contraditório, importa investigar se esta perspectiva encontra ressonância no sistema inaugurado pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, bem como analisar detidamente as

manifestações e as consequências da adoção do contraditório substancial no procedimento, na dinâmica processual e na própria conformação constitucional do ordenamento processual civil.

2. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A ESTRUTURAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O capítulo se dispõe a analisar a conformação constitucional dos institutos do Novo Código de Processo Civil em vistas a averiguar a adoção do princípio do contraditório substancial na nova legislação e suas repercussões na estruturação do sistema processual civil.

Nota-se a previsão de normas fundamentais enquanto diretivas constitucionais dos direitos fundamentais processuais, em meio a que se sobressai o princípio do contraditório enquanto lastro teórico-estrutural do novo sistema. Em seguida, observa-se as repercussões do contraditório substancial nos demais princípios processuais previstos no Código, sobretudo nos deveres de boa-fé e na estrutura cooperativa de processo. Então, examina-se a repercussão da adoção do contraditório substancial em outros institutos centrais do novo sistema processual, o que permite constatar que o Novo Código adotou o princípio do contraditório em dimensão substancial, que orienta toda a estruturação teórica e procedimental do sistema processual civil.

2.1 A ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, intitulada Código de Processo Civil, nasce com o objetivo de inaugurar um novo sistema processual civil no Brasil. Fruto de intensas discussões doutrinárias, entra na história como o primeiro Código de Processo promulgado em período democrático, com amplos debates em sua formação e a participação dos mais diferentes setores da sociedade civil.

O novo diploma processual civil foi construído a partir de um modelo constitucional de direito processual, estabelecido com base nas garantias fundamentais previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e orientado pelos princípios constitucionais³⁰ de como o processo deve ser desenvolvido (CÂMARA, 2015), razões pelas quais qualquer análise estrutural do novo sistema processual há de necessariamente tomar como ponto de partida o texto constitucional.

³⁰ Sobre o ponto, ao comentar o então Projeto do Novo Código de Processo Civil, destacara José Rogério Cruz e Tucci (2010, p. 08): “A tal propósito, nota-se, de logo, que o Projeto do CPC não descurou da moderna linha principiológica que advém do texto constitucional. Pelo contrário, destacam-se em sua redação inúmeras regras que, a todo o momento, procuram assegurar o devido processo legal. Até porque, os fundamentos de um Código de Processo Civil devem se nortear, em primeiro lugar, nas diretrizes traçadas pela Constituição Federal.”

Os anteriores Códigos de Processo Civil brasileiros foram concebidos em um momento constitucional bastante diverso do presente³¹, quando o padrão do direito era o legislador e os elementos componentes do direito circunscritos ao conteúdo das leis (CUNHA, 2012), de modo que se mostrava pouco expressiva a repercussão do ordenamento constitucional sobre o conteúdo das disposições daqueles Códigos³².

O contexto em que o Novo Código de Processo Civil de 2015 foi idealizado é absolutamente diverso. A República Federativa do Brasil consiste, hoje, em um Estado Constitucional de Direito, fruto das disposições previstas pela Constituição Federal de 1988, a qual assume o centro do ordenamento jurídico e orienta toda a legislação infraconstitucional (SILVA, J., 2012), não apenas quanto à forma de criação das leis, mas especialmente em relação ao seu conteúdo³³.

Neste quadro, todas as leis infraconstitucionais devem buscar fundamentos de validade – formal e material – na Constituição Federal (CAMBI, 2011). Assim o explica Luís Roberto Barroso (2009, pp. 85-86):

Sedimentando o caráter normativo das normas constitucionais, o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica. Compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional.

³¹ O exame minucioso da consolidação do Estado Constitucional e o fenômeno da expansividade das normas constitucionais no direito brasileiro extrapola o objeto desta monografia, de maneira que se remete às obras de Gilmar Ferreira Mendes *et al* (2009), de Ingo Wolfgang Sarlet *et al* (2015b) e de Luís Roberto Barroso (2009).

³² A respeito, destacam Fernando Jayme e Marcelo Franco (2014, pp. 346-347): “No Código de Processo Civil vigente [de 1973] não há dispositivo legal destinado a regulamentar o contraditório. O caráter dialético do processo é extraído, basicamente, das normas acerca da petição inicial (arts. 282 a 296) e da resposta do réu em primeiro grau (contestação, exceções e reconvenção - arts. 297 a 318), bem como das disposições que regem a fase recursal (arts. 496 a 565). [...] Em relação ao Projeto do novo Código de Processo Civil [de 2015], há mudanças substanciais em relação à legislação vigente. [...] O Projeto reconhece no contraditório o fundamento de legitimidade da atividade jurisdicional e um dos elementos constitutivos do devido processo legal.” Vide também a nota 4.

³³ Deslinda Luís Roberto Barroso (2009, p. 84): “A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como jurisdição constitucional, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição.” Realça, com amparo nas lições de Ronaldo de Carvalho Dias Brêtas e de José Alfredo de Oliveira Baracho, Marcos Rezende (2014, p. 38): “Na estrutura de um ordenamento jurídico estruturalmente complexo, surge, como elemento deste, o processo constitucional, exigindo incessantemente o controle da conformidade normativa ordinária com a Constituição. O processo na teoria constitucionalista se afirma como garantia constitucional, instrumentalizando a jurisdição, a partir de uma metodologia normativa. Ao exercer a função jurisdicional, o Estado está cingido a uma determinada estrutura normativa, de suporte constitucional, que garanta a participação adequada das partes e uma postura objetiva por parte do juiz.”

Em vista disso, a Constituição Federal consiste no “ponto de partida” e no “ponto de chegada” das leis infraconstitucionais. Devem elas tomar como base material as normas constitucionais, a orientar teórica e substancialmente o seu teor desde a sua concepção, bem como respeitar as regras formais de procedimento legislativo. Mas não só: como o conteúdo das leis deve necessariamente ser compatível com os preceitos constitucionais, a Constituição Federal é também o seu “ponto de chegada” – o conteúdo da lei regularmente promulgada deve refletir as normas constitucionais e com elas ser materialmente compatível (SARLET *et al*, 2015b).

Prontamente, ao perquirir as bases teóricas e normativas que desencadearam a construção do Novo Código de Processo Civil, percebe-se que a relação do Novo Código com o texto constitucional³⁴ não se restringe ao cuidado com o respeito às regras e aos princípios constitucionais, mas encontra fundamento mais profundo.

Conforme abordado no capítulo anterior, a Constituição Federal de 1988, ao incluir uma série de garantias processuais no rol de direitos fundamentais, estabeleceu propriamente um modelo constitucional de direito processual, de maneira que a formulação de um novo diploma processual há de procurar refletir e consolidar este modelo de devido processo constitucional (CÂMARA, 2015), como esclarece Luiz Guilherme Marinoni *et al* (2015, p. 167):

O processo civil é estruturado a partir dos direitos fundamentais que compõem o direito fundamental ao processo justo, o que significa dizer que o legislador infraconstitucional tem o dever de desenhá-lo a partir de seu conteúdo. Em outras palavras, o processo civil é ordenado e disciplinado pela Constituição, sendo o Código de Processo Civil uma tentativa do legislador infraconstitucional de adimplir com o seu dever de organizar um processo justo. Vale dizer: o Código de Processo Civil constitui direito constitucional aplicado.

Por conseguinte, haja vista a legislação processual constituir mecanismo de densificação da garantia constitucional a um processo adequado à efetiva tutela dos direitos³⁵, vê-se que as leis processuais nada mais são do que concretizações do direito ao processo justo (SARLET *et*

³⁴ Relativamente ao assunto, expõe Nelson Juliano Schaefer Martins (2004, p. 92): “O Direito Processual encontra-se conectado aos princípios basilares da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de tal modo que os princípios do processo não são mais colhidos na esfera fechada deste ramo da ciência do Direito, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico. Essa circunstância transforma o processo de simples instrumento da justiça em instrumento de garantia das liberdades fundamentais.” Na mesma direção, esclarece Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p. 251): “Reconhece-se, no atual momento doutrinário, que a Constituição efetivamente ocupa o centro do sistema jurídico, de onde passa a irradiar valores objetivos através dos quais devem ser criadas, interpretadas e aplicadas as normas jurídicas, aí incluídas aquelas que dizem respeito ao direito processual civil. O novo CPC [...] insere-se nesse contexto, devendo refletir os valores e os fundamentos do Estado Constitucional.”

³⁵ Ao esmiuçar a profunda conexão entre direito processual e constitucional, destaca Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2011a, p. 140), citando João Mendes Júnior: “as leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discrição dos juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfiança e surpresas.”

al, 2015b), de modo que a organização do procedimento pela legislação processual deve observar tais objetivos e diretrizes³⁶.

Ainda no que diz respeito ao suporte conceitual da força normativa da Constituição sobre o sistema processual, assevera Eduardo Cambi (2011, p. 253):

A supremacia da Constituição sobre a lei e a repulsa à neutralidade da lei e da jurisdição encontram, no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, um importante alicerce teórico. Ao se incluir no rol do art. 5º da CF a impossibilidade da lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito, consagrou-se não apenas a garantia de inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça), mas um verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada (acesso à ordem jurídica justa³⁷).

Esta preocupação com a consolidação do modelo constitucional de processo desenhado pela Constituição da República foi expressamente enfatizada na Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil, a qual esclarece que “a técnica processual a ser implementada visa assegurar e efetivar os direitos e valores constitucionais, isto é, o processo destinar-se-á a conferir efetividade às normas de direito material e às garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito” (JAYME; FRANCO, 2014, p. 336).

Com efeito, o novo diploma é inaugurado com a enunciação expressa desta constitucionalização do direito processual, em seu art. 1º: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.” Este dispositivo é dotado de notório caráter pedagógico, conclamando o operador a interpretar o Novo Código sempre a partir de suas origens constitucionais³⁸ (THEODORO JR., 2016a).

Neste panorama, as regras processuais previstas no novo diploma processual que estabelecem o procedimento a ser observado na jurisdição civil refletem os direitos processuais

³⁶ Neste quadro, frisa Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 277): “Ora, essas exigências políticas postas em plano constitucional projetam-se na lei ordinária e nela transparecem na veste de normas que disciplinam os procedimentos de diversa ordem e o próprio sistema jurídico de participação.”

³⁷ Sobre o ponto, detalha Eduardo Cambi (2011, p. 253): “Noção ampla do *acesso à ordem jurídica justa*, que abrange: i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos).

³⁸ O dispositivo não edifica regra jurídica inovadora do ponto de vista material, uma vez que a conformação constitucional do processo civil decorre de expressa previsão da Lei Fundamental, não cabendo à lei ordinária estabelecer que deverá ser interpretada conforme a Constituição (até porque, se o aludido dispositivo previsse que o Código “não seria interpretado conforme a Constituição”, seria manifestamente inconstitucional, afinal toda a legislação infraconstitucional deve ser compatível com a Constituição); todavia, sua previsão enquanto diretriz pedagógica e interpretativa reafirma os objetivos declarados na construção da novel legislação (DIDIER JR., 2015).

constitucionais e, enquanto tal, o princípio do contraditório, que como visto consubstancia elemento central na concepção de processo democrático.

Retomando-se algumas premissas: (i) se o processo denota procedimento estruturado em contraditório; (ii) se a Constituição Federal de 1988 abarca o princípio do contraditório em dimensão substancial, a partir da máxima e imediata efetividade dos direitos fundamentais; (iii) se a lei processual deve concretizar o modelo constitucional de processo para uma adequada tutela dos direitos; então nos parece coerente afirmar que o Novo Código de Processo Civil tem a função precípua de estabelecer técnicas processuais tendentes a conformar um processo civil como procedimento em contraditório na sua dimensão substancial, que possa garantir a efetiva participação democrática dos destinatários dos provimentos jurisdicionais.

Neste contexto, o procedimento³⁹ previsto no Novo Código deve estar em consonância com estas premissas e focalizar a promoção da efetividade dos direitos fundamentais e da adequada tutela dos direitos⁴⁰, como esclarece Luiz Guilherme Marinoni *et al* (2016b, p. 542):

O processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma decisão e viabilizar uma atuação. O processo é o instrumento por meio do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição. É o módulo legal que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, colabora para a legitimidade da decisão. É a via que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário e, além disso, é o conduto para a participação popular no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais.

À vista disso, o alicerce teórico do novo diploma processual não poderia consistir em outro senão no objetivo constitucional de uma adequada tutela dos direitos por meio de um

³⁹ Ao abordar as tendências técnicas do processo civil e sua adequação finalística aos objetivos de efetividade da prestação jurisdicional, sublinha Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 153): “O processo é em si uma técnica – sistema integrado de meios preordenados à pacificação de pessoas mediante a eliminação de conflitos. Como toda técnica, só se legitima pela consciência e absorção dos objetivos a realizar. Modernamente, a superação do mito de um irreal e ilegítimo confinamento do processo no campo dos fenômenos puramente jurídicos e com a missão única de dar atuação ao direito material vem permitindo que se tome essa consciência e, conseqüentemente, vai conduzindo o legislador e o processualista à preocupação por resultados. Tal é o método representado pelo *processo civil de resultados*, que consiste precisamente em uma adequação de seus instrumentos e suas técnicas aos objetivos a realizar, de modo que os efeitos substanciais externos da experiência processual sejam justos e efetivos (sem uma técnica adequada a efetividade é impossível).”

⁴⁰ Na mesma linha a posição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2011a, p. 146): “Do ponto de vista do direito processual, impõe-se sublinhar que os direitos fundamentais, para poderem desempenhar sua função na realidade social, precisam não só de normatização intrinsecamente densificadora como também de formas de organização e regulamentação procedimentais apropriadas. Daí a necessidade de estarem assegurados constitucionalmente por normas, principais ou não, garantindo-se ao mesmo tempo seu exercício e restauração, em caso de violação, por meio de órgãos imparciais com efetividade e eficácia. Embora essa dimensão procedimental nem sempre se refira ao processo judicial, também o abrange, a evidenciar uma interdependência relacional entre direitos fundamentais e processo.”

procedimento democrático que permita aos destinatários dos provimentos jurisdicionais a efetiva participação no processo. Em outras palavras, o alicerce teórico-normativo do Novo Código de Processo Civil corresponde à densificação em dimensão substancial do princípio constitucional do contraditório, que está na base do modelo constitucional de processo.

É perceptível na redação e na estruturação do novo diploma processual a preocupação em deixar claro a influência e a centralidade das normas constitucionais sobre os institutos processuais e, especialmente, a preocupação normativa em levar o princípio do contraditório a outro nível de compreensão, em relação ao Código anterior, de modo que passasse a ser entendido como direito de participação na construção do provimento, na forma de uma garantia processual de influência e de não surpresa na elaboração dos provimentos (THEODORO JR. *et al*, 2016b), o que corresponde, portanto, à concretização infraconstitucional do contraditório substancial (SILVA, B.; ROBERTO, 2014).

Contudo, ainda que o Novo Código tenha assumido a face substancial do contraditório, uma leitura interpretativa de seus institutos em aspecto puramente formal e despreocupado com as balizas constitucionais processuais pode levar à limitação do alcance do contraditório à mera bilateralidade de audiência, em seu clássico aspecto formal, desconsiderando-se a nova acepção pretendida pelo diploma (THEODORO JR. *et al*, 2016b), razão pela qual o operador deve sempre procurar aplicar as regras do novo sistema processual em perspectiva constitucional⁴¹.

Saliente-se que boa parte da doutrina nacional defendia que a redução do contraditório ao aspecto formal e a dificuldade de sua implementação em perspectiva substancial não era decorrente, prioritariamente, de má estruturação técnica das leis processuais, mas, sobretudo, da análise inadequada destes dispositivos, que desprezava as balizas estabelecidas no modelo constitucional de processo e acabava por reduzir a efetividade do princípio do contraditório e da própria percepção democrática do processo (NUNES, D., 2004, p. 79).

Esta concretização infraconstitucional do princípio do contraditório substancial é reforçada pela redação original do art. 7º do Novo Código, preceito sem correspondência no diploma anterior: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, devendo o juiz zelar pelo efetivo contraditório.”⁴²

⁴¹ Esta a opinião de Humberto Theodoro Jr. e Dierle Nunes (2009, p. 128): “Necessitamos ampliar o debate em torno das questões processuais não nos preocupando prioritariamente com as mudanças da legislação, mas, concomitantemente, com a divulgação de como aplicá-las em perspectiva constitucional.”

⁴² Sobre a novidade e o conteúdo do dispositivo, destaca Fredie Didier Jr. (2015, p. 84): “A parte final do art. 7º do CPC impõe ao órgão julgador o dever de zelar pelo efetivo contraditório. A disposição normativa é nova, embora a norma pudesse ser compreendida como concretização dos princípios constitucionais da igualdade e do

O dispositivo inova ao, além de incorporar na diretiva central do sistema processual o princípio da isonomia e a correspondente paridade de armas em juízo⁴³, estabelecer como um dos deveres do juiz a proteção ao “efetivo contraditório”, em regra que aponta para uma nova concepção do posicionamento das partes e da atuação do juiz, consistente no contraditório substancial e no tratamento paritário entre as partes, que traduzem então efetivos deveres do magistrado na condução do processo (SILVA, B.; ROBERTO, 2014).

A qualificação empregada pelo dispositivo ao princípio do contraditório é significativa. O Novo Código não se limitou a dizer que o juiz deveria zelar pelo contraditório, deixando ao intérprete a tarefa de delimitar qual a abrangência do mandamento, a partir da previsão do art. 5º, inc. LV, da Constituição da República; mas acentuou de forma expressa que o dever previsto ao magistrado é o de zelar pelo “efetivo” contraditório, o que orienta a interpretação do operador de que o sentido conferido ao princípio do contraditório pelo novo diploma corresponde à leitura do contraditório substancial⁴⁴ (CÂMARA, 2015).

“A igualdade – e a paridade de tratamento e de armas nela implicada – constitui pressuposto para a efetiva participação das partes no processo e, portanto, é requisito básico para a plena realização do direito ao contraditório (art. 7º, *in fine*, do CPC)” (MARINONI *et al*, 2015, p. 179), sendo dever do magistrado conduzir o processo em uma postura ativa e atenta à promoção deste concreto equilíbrio processual⁴⁵, assente a intrínseca relação entre a garantia de isonomia processual e a efetiva participação das partes em juízo⁴⁶.

contraditório. É que essas normas de direitos fundamentais impõem ao órgão jurisdicional o dever de protegê-los; o dispositivo, aqui, apenas concretiza essa exigência.”

⁴³ O estudo detalhado do princípio da isonomia em âmbito processual e a decorrente paridade de armas em juízo como corolário do devido processo legal fogem ao corte temático desta monografia, mas uma análise aprofundada pode ser encontrada nas obras de Cândido Rangel Dinamarco (2010) e Nelson Nery Jr. (2013).

⁴⁴ Há autores que entendem que a qualificação do contraditório “efetivo” no aludido artigo guarda relação mais próxima com a paridade de armas e o dever do juiz de eliminar as barreiras que poderiam impedir que as partes exercessem devidamente os seus direitos processuais em juízo, logo voltado mais a uma qualificação do princípio da isonomia do que do contraditório substancial; sem contudo negar que o Novo Código adotou a dimensão substancial do princípio do contraditório, mas que tal constatação decorreria principalmente da leitura conjunta de outros dispositivos, especialmente os arts. 9º e 10. Nesta linha apontam os estudos de Humberto Theodoro Jr. (2016a) e Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015). De todo modo, há de se destacar que, ainda que o dispositivo tenha o objetivo primordial de garantir a isonomia processual (como de fato o tem), este propósito visa um resultado qualitativamente enunciado: o efetivo contraditório, em dimensão substancial. Assim, a paridade de tratamento e de armas adquire a finalidade de possibilitar os meios formais e materiais para que as partes possam participar de forma efetiva da construção do provimento jurisdicional, o que traduz justamente a consagração do princípio do contraditório substancial na legislação processual.

⁴⁵ Em direção parelha aponta Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 154): “Desse modo é que nos diversos países as reformas processuais vêm procurando o equilíbrio de um *processo justo*, em que as partes sejam tratadas com igualdade e tenham reais oportunidades de participação, participando também o juiz de modo efetivo na captação de material instrutório e construção de um provimento final justo e útil.”

⁴⁶ Neste propósito, precisa a reflexão de Nicola Picardi, citado por Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p. 371): “Na fase mais recente da história processual, há uma diversa concepção nos confrontos entre o princípio do contraditório e o processo. O processo não é outra coisa senão o juízo e a formação do juízo. Tornou-se interesse do jurista investigar os mecanismos de formação do juízo e, antes de tudo, o contraditório e a colaboração das partes

Com fundamento deste exame, pode-se constatar que a adoção da dimensão substancial do contraditório no Novo Código de Processo Civil contempla a efetiva participação das partes em juízo na base procedimental do novo sistema processual civil, de modo a recuperar a dimensão dialética do processo e a importância da promoção do diálogo entre as partes e o juiz para a formação de provimentos jurisdicionais íntegros e democráticos.

2.2 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL E AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

A sistematização do Novo Código de Processo Civil arquitetou uma Parte Geral em que são reunidas as normas comuns aplicáveis a todo o diploma, e que, assim, podem servir de base a uma melhor compreensão e mais adequada aplicação dos institutos regulados na Parte Especial (THEODORO JR., 2016a).

Nesta Parte Geral, o maior destaque consiste nas disposições do Capítulo I, do Livro I, intitulado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, que agrega nos arts. 1º a 12 um rol de normas fundamentais relacionadas a princípios constitucionais processuais, reunidas com o propósito de estruturar o eixo teórico-normativo sobre o qual se assentará o modelo processual inaugurado pelo novo diploma, refletidos sobre os procedimentos e os institutos nele regulados, como explica Luiz Guilherme Marinoni *et al* (2015, p. 167):

As normas fundamentais elencadas pelo legislador infraconstitucional constituem as *linhas mestras* do Código: são os eixos normativos a partir dos quais o processo civil deve ser interpretado, aplicado e estruturado. As normas fundamentais do processo civil estão obviamente na Constituição e podem ser integralmente reconduzidas ao direito fundamental ao processo justo (art. 5º, LIV, da CRFB).

Em decorrência disso, o Novo Código de Processo Civil só pode ser devidamente compreendido a partir de suas premissas, sobretudo de suas normas fundamentais, de maneira que não será possível interpretar e aplicar dispositivos sem levar em conta os seus princípios e sua aplicação dinâmica, evitando-se a leitura apressada de dispositivos isolados, sem o entendimento pleno do sistema (THEODORO JR. *et al*, 2016b).

na busca da verdade. O contraditório, a partir daí, passou a ostentar importância central no estudo do processo, sendo erigido à garantia constitucional. A defesa em juízo é, em primeiro lugar, garantia do contraditório, e a igualdade de armas assume o valor de condição de legitimidade constitucional da norma processual. Com isso, não se postula a absoluta identidade entre os poderes das partes, mas se objetiva evitar injustificadas diferenças de tratamento.”

As normas elencadas no novo diploma como fundamentais⁴⁷ decorrem diretamente das garantias processuais proclamadas na Constituição de 1988 ou nelas podem ser implicitamente compreendidas (THEODORO JR., 2016a). O propósito de inseri-las no texto da nova lei processual é justamente concretizar estas garantias e estabelecer o lastro normativo do novo sistema processual, demonstrando a preocupação do legislador em elucidar suas premissas teóricas e normativas⁴⁸. A respeito, destaca Luiz Guilherme Marinoni *et al* (2015, p. 167):

A maior visibilidade outorgada a determinados direitos fundamentais processuais no novo Código [...] decorre da circunstância desses constituírem *compromissos fundamentais* do legislador: respeitar a liberdade e a igualdade de todos perante a ordem jurídica (arts. 1º, 2º, 3º, 8º e 926 a 928 do CPC), prestar tutela tempestiva dos direitos (arts. 4º e 12 do CPC) e administrar a justiça civil a partir de uma ideologia democrática (o que leva a um novo equacionamento das relações entre o juiz e as partes a partir da colaboração, do contraditório e da fundamentação, arts. 5º, 6º, 7º, 9º, 10, 11 e 489, §§ 1º e 2º, do CPC).

Neste contexto, importa a esta monografia apontar a relação do princípio do contraditório com estas normas fundamentais processuais previstas no Novo Código de Processo Civil, tanto as que regulam diretamente a extensão e o modo de manifestação do princípio do contraditório, especialmente os arts. 9º e 10⁴⁹, quanto o estreito vínculo teórico e normativo entre o contraditório substancial e os princípios da boa-fé processual (art. 5º) e da cooperação (art. 6º)⁵⁰, que acabam por redesenhar a própria estrutura dialética de processo a partir da redefinição dos deveres e das relações entre os sujeitos processuais, incluído o juiz.

⁴⁷ O Novo Código não reproduz a título de normas fundamentais todos os direitos fundamentais processuais insculpidos na Constituição Federal. Por óbvio, tais direitos fundamentais não perderam seu status normativo integrado no modelo constitucional de processo, e continuam princípios constitucionais indispensáveis no processo civil brasileiro, como, por exemplo, o direito ao juiz natural e o direito à prova (MARINONI *et al*, 2015).

⁴⁸ Acerca do ponto, focaliza Humberto Theodoro Jr. (2016a, pp. 67-68): “Sua inserção [normas fundamentais] no texto do Código de Processo Civil tem o duplo propósito de (i) fazer a amarração pedagógica entre a lei processual e sua matriz constitucional, levando o intérprete e aplicador a se aperfeiçoar a uma leitura das normas procedimentais segundo os princípios maiores que as dominam e as explicam; e de (ii) ressaltar que, ao Estado democrático de Direito, ‘não basta apenas assegurar a liberdade das pessoas’; pois que dele se exige, também, ‘a realização das promessas imiscuídas nos direitos fundamentais e princípios constitucionais. Daí a necessidade de uma interpretação jurídica a ser praticada à luz desses princípios constitucionais e direitos fundamentais que, dentre outras consequências, moldam um novo conceito de jurisdição’”.

⁴⁹ Ambos os dispositivos sem correspondência no Código de Processo Civil de 1973.

⁵⁰ O estudo completo de todas as normas fundamentais previstas nos arts. 1º a 12 do Novo Código de Processo Civil extrapola o objeto deste trabalho, que pretende focar a análise àquelas normas fundamentais que guardam intrínseca relação com o contraditório substancial. Assim, deixa-se de averiguar detidamente as normas referentes ao impulso oficial (art. 2º), ao acesso à justiça (art. 3º), à razoável duração do processo (arts. 4º e 12), à publicidade dos julgamentos (art. 11) e aos princípios da legalidade e da dignidade (art. 8º), para os quais remetemos às obras de Humberto Theodoro Jr. (2016a), Fredie Didier Jr. (2015) e Cássio Scarpinella Bueno (2015a).

Reitere-se que, como analisado no ponto anterior, a disposição contida no art. 7º de que o juiz tem o dever de zelar pelo “efetivo contraditório” nos permite inferir que a nova lei processual procura concretizar o princípio do contraditório em dimensão substancial, como lhe proclama a Constituição Federal, assim como demonstra a relação entre o princípio do contraditório e o princípio da isonomia processual.

O art. 9º, *caput*, do Novo Código de Processo Civil, ao prever dentre as normas fundamentais processuais a regra de que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, discrimina a essência do princípio do contraditório no sistema processual: cientificar e proporcionar à parte a possibilidade de manifestação antes que seja proferida decisão em seu desfavor (WAMBIER *et al*, 2015).

A regra impõe a audiência da parte antes que se profira decisão contrária a ela. Se a decisão for favorável à parte, não há necessidade de que seja ouvida previamente (BUENO, 2015b), uma vez que a ausência de sua oitiva não lhe importará prejuízo (pelo contrário, pois a decisão lhe beneficia) e consistiria em retardamento do feito, na contramão da efetividade e celeridade pretendidas pelo novo diploma⁵¹.

Assim, a regra no processo civil brasileiro é a de que “alguém somente pode ter uma decisão judicial proferida contra si após ter sido garantida a chance de ser ouvido” (DIDIER JR., 2015, p. 83). A respeito, acentua Humberto Theodoro Jr. (2016a, p. 87):

Qualquer decisão que contrarie uma parte, não será tomada ‘sem que ela seja previamente ouvida’ (art. 9º): as decisões judiciais não podem surpreender a parte que terá de suportar suas consequências, porque o contraditório moderno assegura o direito dos sujeitos do processo de não só participar da preparação do provimento judicial, como de influir na sua formulação. Aqui o Código garante, com nitidez, o princípio da ‘não surpresa’ no encaminhamento e na conclusão do processo.

Ao mesmo tempo, o art. 9º discrimina em seu parágrafo único⁵² as situações excepcionais em que se admite a prolação de decisão contrária à parte ainda não ouvida nos autos, que são as referentes à tutela de urgência, a algumas hipóteses de tutela da evidência e à decisão

⁵¹ Neste aspecto, destaca Fredie Didier Jr. (2015, p. 83): “É por isso que se permitem o indeferimento da petição inicial (art. 330, CPC) e a improcedência liminar do pedido (art. 332, CPC), ambas as decisões favoráveis ao réu, proferidas sem que ele ao menos tenha sido citado”. Na mesma linha, salienta Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015, p. 67): “Deve-se, também, observar que o fato do NCPC disciplinar o julgamento liminar de improcedência não se considera exceção a esta regra, do art. 9º (*caput*), já que, no julgamento liminar de mérito e de improcedência, aquele a quem não se dá oportunidade de se manifestar é, na verdade, beneficiado pela decisão”.

⁵² “Art. 9º. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.”

autorizadora do mandado de pagamento na ação monitória (THEODORO JR., 2016a), situações, portanto, em que a regra prevista no *caput* pode ser protraída em vistas à proteção da efetividade e do resultado útil do processo em função da urgência ou risco de frustração do direito do requerente (CRUZ E TUCCI, 2010).

Tal previsão – concessão de tutela provisória liminar, justificada pelo perigo concreto e pela urgência do provimento para resguardo do direito reclamado, ou, de tutela provisória da evidência, justificada pela alta probabilidade de êxito na demanda – não viola a garantia do contraditório, uma vez que há um cuidado legislativo em postergar em tais situações o contraditório para se resguardar a efetividade do processo⁵³ (DIDIER JR., 2015).

O contraditório, assim, não resta afastado, mas dilatado para momento imediatamente posterior à concessão liminar da tutela, a partir de quando a parte prejudicada será capaz de convencer o juízo da desnecessidade ou desproporcionalidade da medida provisória concedida, que poderá ser alterada⁵⁴. Assim, mantém-se a garantia do contraditório sem ameaçar deixar perecer o direito reclamado em juízo. Neste prisma, frisa Humberto Theodoro Jr. (2016a, p. 87):

Não se trata, porém, de afastar, em definitivo, o contraditório, mas apenas de protraí-lo. Pelas necessidades e conveniências do caso, decide-se a questão proposta de imediato, sem prévia audiência do interessado. Uma vez, contudo, ultimada a medida excepcional, abrir-se-á a oportunidade de discussão da matéria e da defesa da parte afetada, podendo o juiz, então, se for o caso, confirmar, modificar ou revogar o provimento emergencial.

À vista disso, a regra prescrita no art. 9º do Novo Código permite atestar que o sistema consolida o debate prévio à prolação das decisões judiciais como elemento fundamental do modelo procedimental adotado, com foco na oitiva das partes como componente indispensável à legitimidade formal e material do provimento emanado.

Muito embora, como já salientado, este entendimento decorra da leitura constitucional do processo, independente de previsão em lei ordinária, o reforço da lei processual ao, de forma inédita, discriminar dentre suas normas fundamentais esta regra de indispensabilidade do debate

⁵³ Nesta óptica, defende Humberto Theodoro Jr. (2016a, p. 88): “Sem dúvida, o contraditório é da essência do processo democrático e justo. No entanto, a exigência de prévia audiência das partes não pode ser levada a uma extremismo que comprometa a agilidade indispensável da prestação jurisdicional, também objeto de garantia constitucional. É possível, portanto, pensar-se no chamado ‘contraditório inútil’ ou ‘irrelevante’, à base de cuja constatação poder-se-á admitir como razoável o pronunciamento de decisões judiciais sem prévia ouvida da parte.

⁵⁴ A respeito, esclarece Luiz Guilherme Marinoni *et al* (2015, p. 181): “É possível que o contraditório seja diferido diante de decisões provisórias, isto é, decisões que poderão ser modificadas ao longo do procedimento. [...] O denominador comum entre as três hipóteses [do art. 9º, parágrafo único, do Novo Código] – e que torna legítima a exceção, justamente porque não invade o núcleo duro do direito ao contraditório – é a provisoriedade da decisão.”

prévio à prolação das decisões, concretiza a garantia constitucional do processo justo e orienta a organização do procedimento de forma democrática e participativa, à luz do princípio do contraditório substancial.

Nesta esteira, a inovadora regra prevista no art. 10 do Novo Código de Processo Civil, que igualmente concretiza a imperiosidade da manifestação prévia das partes, ao prever que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”, instala uma nova noção de debate processual no sistema processual brasileiro: a necessidade de discussão de todas as questões potencialmente definidoras da solução jurídica dispensada ao caso concreto e a submissão do órgão jurisdicional ao diálogo processual.

Esta concepção decorre da compreensão do contraditório como direito de influência, a qual impõe que todas as decisões definitivas do juízo se apoiem apenas em questões previamente debatidas pelas partes, vedando-se a prolação de decisões-surpresa (MARINONI *et al*, 2015). Assim, o artigo corresponde a um dos aspectos do contraditório substancial, que consiste na vedação que o juiz “decida com base em fundamento (fático ou jurídico) sobre o qual não tenha havido o contraditório, assim como lhe é vedado decidir sobre matéria que pode (*rectius* = dever) conhecer de ofício, sem que se proporcione às partes oportunidade de se manifestar” (WAMBIER *et al*, 2015, p. 67).

Esta previsão contida no art. 10 do Novo Código de Processo Civil tem o potencial de alterar significativamente a dinâmica do debate processual, com reflexos na cognição judicial e na forma de atuação do juízo, bem como positiva notoriamente a dimensão substancial do contraditório na vedação à prolação de decisões-surpresa. A análise minuciosa destes impactos no sistema processual será o objeto de estudo do próximo capítulo. O principal aspecto a ser focalizado neste momento, porém, é a expressa previsão na lei processual de que o órgão jurisdicional também está sujeito ao contraditório prévio⁵⁵, de modo a estruturar um procedimento que visa o efetivo diálogo processual participativo entre as partes e o juiz.

Assim sendo, ao analisar conjuntamente as disposições dos arts. 7º, 9º e 10, dentre as normas fundamentais do processo civil, pode-se constatar a preocupação do Novo Código em incorporar à base teórica e normativa do novo sistema processual a dimensão substancial do

⁵⁵ Nesta linha, esclarecem Blecaute Oliveira Silva e Welton Roberto (2014, p. 191): “Cabe ao magistrado propiciar de modo efetivo, sem se descuidar da imparcialidade, a participação dos litigantes. Estes deverão participar e influenciar da construção judicial do fato e do direito. Neste contexto, fica evidente que o contraditório tem no magistrado um dos seus destinatários, já que deve atuar para propiciá-lo além de velar por seu exercício efetivo.”

contraditório: “o contraditório, no NCPC, é princípio acolhido em sua versão mais refinada” (WAMBIER *et al*, 2015, p. 67). É o que esclarece Humberto Theodoro Jr. (2016a, pp. 86-87):

O que prevalece, portanto, é que o contraditório do *processo justo* vai além da bilateralidade de oportunidades proporcionadas as litigantes, para instaurar um *diálogo entre o juiz e as partes*, garantindo ao processo uma atividade verdadeiramente dialética, em proporções que possam redundar não só em um *procedimento justo*, mas também em uma *decisão justa*, quando possível. [...] Dessa forma, resta consagrada a imposição legal do contraditório efetivo, para interditar as ‘decisões-surpresa’, fora do contraditório prévio, tanto em relação a *questões novas*, como a *fundamentos* diversos daqueles com que as *questões velhas* foram previamente discutidas no processo.

Esta inserção do contraditório substancial como alicerce da estrutura processual implica que a atuação das partes ganha uma dimensão muito mais significativa na dinâmica do processo. O objetivo da lei processual é organizar um corpo normativo que assegure um procedimento democrático e participativo, que permita um efetivo diálogo processual.

Logo, a participação das partes é destacada, razão pela qual a forma de seu exercício também merece atenção do novo diploma, que estabelece dentre as normas fundamentais o dever de observância da boa-fé, que traduz a contemplação do princípio da boa-fé processual objetiva. Prescreve o art. 5º do Novo Código de Processo Civil que “aquele que de qualquer forma participar do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”⁵⁶.

Este dever advém diretamente da irradiação da boa-fé como princípio geral de todo o ordenamento jurídico brasileiro⁵⁷, a partir das garantias de segurança jurídica, de dignidade da pessoa humana, de solidariedade social e do devido processo legal (THEODORO JR., 2016a), assim como da própria consolidação da concepção substancial do contraditório, a qual “eleva ao patamar da Lei Maior a base normativa para justificar a boa-fé processual objetiva no ordenamento brasileiro, um imperativo constitucional da conduta ética dos sujeitos processuais” (CABRAL, 2005, p. 63).

A má-fé subjetiva, entendida como a conduta dolosa com o propósito de lesar a outrem, sempre foi severamente punida, tanto no âmbito do direito público quanto no do direito privado (THEODORO JR. *et al*, 2016b). O mandamento de comportamento de acordo com a boa-fé no

⁵⁶ O dispositivo tem confessada inspiração no art. 52 do CPC Suíço de 2008 (THEODORO JR. *et al*, 2016b), que estabelece: “Art. 52. Comportamento secondo buona fede. Tutte le persone che partecipano al procedimento devono comportarsi secondo buona fede. Tradução livre: Comportamento de acordo com a boa-fé. Art. 52. Todas as pessoas que participam do processo devem comportar-se de acordo com a boa-fé.” (DIDIER JR.; PEIXOTO, 2016, p. 40).

⁵⁷ O estudo minucioso da consolidação do princípio da boa-fé em nível constitucional extrapola os limites desta monografia, razão por que remetemos às obras de Ingo Wolfgang Sarlet *et al* (2015b) e Gilmar Ferreira Mendes *et al* (2009).

novo diploma firma especialmente a imposição da boa-fé objetiva dentro do processo⁵⁸ (DIDIER JR., 2015), o que guarda estreita vinculação com a defesa da segurança jurídica, uma vez que protege as partes contra condutas contrárias à confiança legítima e ao exercício regular dos direitos e faculdades processuais, como esclarece Luiz Guilherme Marinoni *et al* (2015, p. 173):

A boa-fé pode ser reconduzida à segurança jurídica, na medida em que é possível reduzi-la dogmaticamente à necessidade de proteção à confiança legítima – que constitui um dos elementos do princípio da segurança jurídica – e de prevalência da materialidade no tráfico jurídico. Como elemento que impõe tutela da confiança e dever de aderência à realidade, a boa-fé que é exigida no processo civil é tanto a subjetiva quanto a objetiva. Ao vedar o comportamento contrário à boa-fé, o novo Código impõe especificamente a necessidade de boa-fé objetiva.

“A boa-fé objetiva revela-se no comportamento merecedor de fé, que não frustre a confiança do outro. Age com comportamento adequado aquele que não abusa de suas posições jurídicas” (MITIDIERO, 2015a, p. 95).

Por conseguinte, a previsão do dever de da boa-fé como regra de conduta processual, dentre as normas fundamentais do processo civil, implica a vedação de comportamentos contraditórios⁵⁹, a segurança resultante de comportamentos duradouros⁶⁰, e outros corolários da boa-fé objetiva⁶¹, na atuação das partes em juízo (CÂMARA, 2015).

A boa-fé objetiva irrompe no direito processual como uma cláusula geral, que repercute seus efeitos por todo o sistema processual com flexibilidade, ao mesmo tempo em que se caracteriza pela indeterminação prévia das consequências de sua inobservância, que deverá ser analisada e adequada pelo juízo diante das particularidades do caso concreto (THEODORO JR.,

⁵⁸ No mesmo sentido a proclamação do Enunciado n. 374 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O art. 5º prevê a boa-fé objetiva.” (DIDIER JR., PEIXOTO, 2016, p. 41).

⁵⁹ Conforme a lição de Luiz Guilherme Marinoni *et al* (2015, p. 173): “O *venire contra factum proprium* revela a proibição de comportamento contraditório. Traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Age contrariamente quem, dentro do mesmo processo, frustra a confiança de um de seus participantes.”

⁶⁰ Identificada pelas manifestações da *supressio* e da *surrectio* (CÂMARA, 2015), como explica Humberto Theodoro Jr. *et al* (2016b, p. 228), com amparo em Judith Martins-Costa: “Diferentemente da *supressio*, que indica o encobrimento de uma pretensão, coibindo-se o exercício do direito em razão do seu não exercício, por determinado período de tempo, com a consequente criação da legítima expectativa, à contraparte, de que o mesmo não seria utilizado, outra figura, a *surrectio*, aponta para o nascimento de um direito como efeito, no tempo, da confiança legitimamente despertada na contraparte por determinada ação ou comportamento.”

⁶¹ Com relação ao ponto, assinala Luiz Guilherme Marinoni *et al* (2015, p. 173): “São manifestações da proteção à boa-fé no processo civil a *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*, a inalegabilidade de nulidades formais, a *supressio* e a *surrectio*, o *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício do direito.” O exame aprofundado das manifestações processuais dos corolários da boa-fé objetiva ultrapassa o corte temático deste trabalho, razão por que remetemos aos estudos de Humberto Theodoro Jr. *et al* (2016b), Luiz Guilherme Marinoni *et al* (2015) e Antonio do Passo Cabral (2005), sem descuidar que “é essencial para o entendimento da boa-fé objetiva, no entanto, entender suas bases no Direito Privado, para começar a perceber os impactos no direitos processual” (THEODORO JR. *et al*, 2016b, p. 213).

2016a), o que poderá corresponder, por exemplo, à ineficácia do ato processual contrário à boa-fé, à responsabilização por dano processual ou à sanção pecuniária (MARINONI *et al*, 2015).

Não apenas as partes estão sujeitas ao dever de observar a boa-fé objetiva, mas todos os participantes do processo, o que inclui partes, advogados, membros do Ministério Público, juiz, e todos que participam apenas episodicamente do processo (DIDIER JR., 2015); afinal, reconhecendo-se na Constituição o fundamento da irradiação da boa-fé objetiva em todo o ordenamento, a consequência natural e lógica é que o Poder Judiciário, seus agentes e partes envolvidas no procedimento em contraditório não escapem ao dever de atuação conforme os mandamentos da boa-fé objetiva⁶² (THEODORO JR., 2016a).

A previsão do novo diploma de submissão também do órgão jurisdicional de agir de acordo com a boa-fé conduz a uma redefinição de seu papel em juízo, reforçando a estruturação normativa de uma relação processual em que o órgão jurisdicional integra efetivamente o debate com as partes e atua dialética e paritariamente com elas, o que depende de uma atuação igualmente leal e coerente por parte do juiz.

Se a adoção do contraditório substancial impede que o juízo profira decisões-surpresa, assentadas em questões não submetidas ao debate processual, por consectário lógico também lhe impede de adotar posturas contraditórias ou incoerentes, que provoquem um prejuízo inesperado à parte decorrente da quebra de confiança legítima, e que portanto contrariam os deveres de boa-fé processual e maculam a efetividade do procedimento em contraditório, como discrimina Humberto Theodoro Jr. *et al* (2016b, p. 213):

Ademais, embasada no contraditório e no devido processo legal, a boa-fé objetiva processual não só impede os comportamentos indevidos das partes [...], mas também aqueles comportamentos do juiz que surpreendem as partes com mudanças abruptas, como as de modificação dos ônus da prova em fase procedimental inadequada [...].

Nos mesmos moldes, representaria quebra da boa-fé a mudança, no mesmo processo, do entendimento do juiz (preclusão *pro judicato*), quando não se tratar de decisão provisória (satisfativa antecipatória ou temporária cautelar).

Desta maneira, o sistema processual impõe que os participantes do processo adotem uma postura ética e coerente, assim condizente com os padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade, o que permite a todos os sujeitos processuais confiar nos efeitos programados

⁶² Nesta linha, o teor dos Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis n. 375: “O órgão jurisdicional também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva”; n. 376: “A vedação do comportamento contraditório aplica-se ao órgão jurisdicional”; e n. 377: “A boa-fé objetiva impede que o julgador profira, sem motivar a alteração, decisões diferentes sobre uma mesma questão de direito aplicável às situações de fato análogas, ainda que em processos distintos.” (DIDIER JR., PEIXOTO, 2016, pp. 40-41).

e esperados no diálogo processual (THEODORO JR. *et al*, 2016b), a fim de que se possa conformar legalmente o modelo constitucional de processo. “Se participar é garantido, a atuação deve ser ética, consentânea com os objetivos estatais da jurisdição” (CABRAL, 2005, p. 61).

Destarte, assente a regulamentação direta do princípio do contraditório substancial dentre as normas fundamentais do processo civil, bem como os deveres das partes advindos da boa-fé objetiva, é possível analisar a sólida relação que guardam com outra profunda inovação da nova lei processual: o modelo cooperativo de processo.

O ambiente fático em que o processo civil se instaura corresponde a um conjunto de interesses dissonantes entre os sujeitos processuais: às partes interessa a obtenção de êxito na sorte do litígio (no fundo, as partes querem ganhar, independente do que aconteça com a parte adversária), enquanto ao juiz interessa resolver rapidamente aquele processo para dar vazão à sua elevada carga de trabalho (THEODORO JR *et al*, 2016b).

Dessa maneira, não se pode esperar que os litigantes queiram, por vínculos de solidariedade, encontrar a melhor solução jurídica para o controvérsia, abrindo mão de sua atuação estratégica, razão pela qual é necessário que a lei processual, a partir desta constatação, estruture normativamente um modelo procedimental que induza a um ambiente de diálogo processual que mitigue estas perspectivas assimétricas e garanta a efetividade do modelo constitucional de processo (THEODORO JR *et al*, 2016b).

A partir disso, em vistas a conformar os preceitos constitucionais processuais na estruturação do procedimento, é que a lei processual adota o modelo cooperativo de processo, pautado na divisão equilibrada e conjunta do trabalho entre os sujeitos processuais (SARLET *et al*, 2015b). Assim, a cooperação não pretende uma ajuda mútua entre os litigantes, mas a operacionalização conjunta do procedimento, para que se possa concretizar um processo participativo de matriz constitucional⁶³ (CÂMARA, 2015).

⁶³ A respeito, proclama Fredie Didier Jr. (2015, p. 124): “Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação, que define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro”. No mesmo rumo, sustenta Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p. 361): “O princípio da cooperação tem base constitucional, sendo extraído da cláusula geral do devido processo legal, bem como do princípio do contraditório. A cooperação resulta, em última análise, da própria ideia de Estado Democrático. Se o contraditório exige participação e, mais especificamente, uma soma de esforços para melhor solução da disputa judicial, o processo realiza-se mediante uma atividade de sujeitos em cooperação.” Ainda, observa Humberto Theodoro Jr. (2016a, p. 82): “A doutrina nacional, mesmo antes do novo CPC, já reconhecia a presença do princípio da cooperação no devido processo legal assegurado por nossa Constituição, à base de um contraditório amplo e efetivo.”

Neste prisma, o Novo Código de Processo Civil contempla o princípio da cooperação⁶⁴ dentre as suas normas fundamentais, em seu art. 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O princípio do contraditório substancial é o fundamento teórico-normativo elementar deste dispositivo, uma vez que a previsão legal do dever de cooperação das partes tem o manifesto propósito de garantir a efetividade da garantia de participação no processo e viabilizar a adequada formação do provimento jurisdicional⁶⁵, conforme sustenta Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2011a, p. 146):

Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade.

Enquanto princípio edificante do processo em perspectiva constitucional, o contraditório substancial tem a função democrática de permitir que os sujeitos processuais possam influir efetivamente na decisão a ser emanada pelo juízo, de modo que a enunciação de um princípio que vise orientar a maneira como o procedimento irá possibilitar esta participação – o princípio da cooperação – consubstancia um desdobramento do moderno princípio do contraditório, como assevera Humberto Theodoro Jr. *et al* (2016b, p. 91):

Há que se ler a cooperação (art. 6º) não como dever ético da parte agir contra seus interesses, mas a partir da ideia de ‘comunidade de trabalho’ e na leitura da cooperação a partir do ‘contraditório como garantia de influência e não surpresa’, porque se criamos um ambiente procedimental em que, realmente, as partes *possam* (já que não são obrigadas, mas facultadas a tal⁶⁶), ao agir na

⁶⁴ Na doutrina especializada, existem correntes que apontam para visões diversas a respeito da visão cooperativa de processo, que, apesar de possuírem declarada aproximação, divergem quanto a certos aspectos, especialmente a tese focada nos eixos de policentrismo e comparticipação, defendida por Dierle Nunes (2012), e a tese orientada pela colaboração do juiz para com as partes, de que é expoente Daniel Mitidiero (2015b). A análise deste debate não corresponde ao objeto deste trabalho, de maneira que se remete às aludidas obras. Diante deste panorama, de todo modo, preferimos adotar nesta monografia a expressão “cooperação” e “modelo cooperativo”, de maior aproximação ao texto do novo diploma e de maior utilização pela doutrina processual nacional.

⁶⁵ No mesmo sentido, a percepção de Antonio do Passo Cabral (2005, pp. 60-62): “O contraditório assume função ainda mais nobilitante: a participação deixa de ser apenas indicativo de justa possibilidade de manifestação para configurar colaboração para uma solução justa. O processo é uma atividade de sujeitos em cooperação e a ‘co-participação’ das partes na formação do decisum é uma ‘exigência’ decorrente do princípio constitucional do contraditório. [...] Atualmente, ganha vigor a tese de que é dever do magistrado a condução do processo para um palco de discussão e interação constantes. O contraditório é o elemento que fornece ao processo este aspecto discursivo, por força de um mandamento constitucional do diálogo judicial (*Verfassungsgebot zum Rechtsgespräch*) entre partes e órgão julgador para a formação do juízo do magistrado.”

⁶⁶ Saliente-se que o dever de exercício do contraditório manifesta-se de forma diversa ao se tratar das partes ou do juiz. Para as partes, constitui uma faculdade ou exercício em potencial, uma vez que, se lhe informada do ato

defesa de seus interesses, contribuir para a construção do pronunciamento em conjunto com o magistrado (que deve agir como facilitador desse procedimento) – e mais, se compreendemos que esse provimento só é legítimo se for resultado direto daquilo que foi produzido em contraditório no processo (art. 489, § 1º, do Novo CPC), seja na reconstrução dos ‘fatos’, seja no levantamento de ‘pretensões a direito’ (reconstrução do ordenamento) –, então ter-se-á uma compreensão adequada da cooperação no Novo CPC.

O princípio da cooperação desenha um modelo que visa organizar o papel das partes e do juiz ao longo do procedimento, privilegiando-se o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes e estruturando o processo como uma verdadeira comunidade de trabalho⁶⁷ (MITIDIERO, 2015b), na qual a direção do processo (gestão da atividade processual) é compartilhada de modo igualitário entre as partes e o juiz, o qual assume a posição de interlocutor que dialoga com as partes (JAYME; FRANCO, 2014).

Esta perspectiva, portanto, redefine os papéis dos sujeitos processuais em estrutura normativa, em que o processo deve ser conduzido de forma paritária entre as partes e o juiz. O modelo cooperativo de processo equaliza a manifestação de poder ao longo do procedimento e impõe a isonomia na condução do processo, afastando o protagonismo das partes ou do juiz na condução do processo.

Sinteticamente, a doutrina proclama como modelo de processo adversarial ou dispositivo aquele em que as atividades processuais competem às partes, em forma de embate ou “duelo”, passivamente arbitrada pelo órgão judicial, a quem compete puramente decidir; e como modelo inquisitorial aquele em que as iniciativas processuais competem precipuamente ao órgão judicial, que age ativamente na pesquisa dos fatos e informações pertinentes ao caso⁶⁸.

processual e oportunizada a possibilidade de manifestação, pode optar por manter-se inerte (NERY JR., 2013); situação em que o contraditório terá sim sido respeitado, sem mácula ao procedimento (CINTRA *et al*, 2012). Para o juiz, por outro lado, o contraditório não é uma faculdade, mas um dever: ele necessariamente deve observar os mandamentos advindos do princípio do contraditório, possibilitando às partes a possibilidade de manifestação, com posterior contemplação dos argumentos deduzidos por elas, bem como submetendo ao contraditório as visões do caso porventura não suscitadas pelas partes (NUNES, D., 2012). Nesta esteira, sintetiza Marcos Rezende (2014, p. 40): “O contraditório, considerado endoprocessualmente, não constitui uma obrigação ou um dever para as partes. Trata-se de uma faculdade para a parte que queira utilizá-lo, ou a vir a tornar-se um ônus para a parte que não o utilizou. Porém, para o juiz, o contraditório é um dever, pois configura para o órgão julgador uma obrigação de oportunizar às partes a realização do contraditório.”

⁶⁷ Idealizado pela doutrina alemã, o conceito de “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft*) entre o juiz e as partes delineia um policentrismo processual, que afasta qualquer concepção de protagonismo centrado na figura das partes ou na do juiz (THEODORO JR. *et al*, 2016b). O estudo minucioso deste conceito e de sua influência no modelo cooperativo brasileiro, que extrapola os limites desta monografia, pode ser encontrado nas obras de Daniel Mitidiero (2015b) e de Humberto Theodoro Jr. *et al* (2016b). Além da influência alemã, a doutrina destaca a relevante contribuição da doutrina processual portuguesa, especialmente diante da adoção do princípio da cooperação no Código de Processo Civil Português de 2013, que orientou o modelo cooperativo brasileiro, como destacam os estudos de Humberto Theodoro Jr. (2016a) e de André Pagani de Souza (2014).

⁶⁸ Para uma análise detalhada dos modelos inquisitivo e adversarial, bem como suas diferenças para com o modelo cooperativo, reporta-se às obras de Fredie Didier Jr. (2015) e André Pagani de Souza (2014).

A condução assimétrica do processo era a tônica do diploma processual anterior, muito embora não se pudesse extrair do processo brasileiro um caráter puramente dispositivo ou puramente inquisitorial, mas que manifestava em certos momentos protagonismo das partes e, em outros, do juízo (SOUZA, 2014).

O modelo cooperativo insculpido no Novo Código estrutura a paridade cooperativa na condução do processo, centralizado na proeminência do diálogo processual, o que confere nova dimensão ao papel do juiz na condução do processo, que deixa de ser mero espectador do “duelo” das partes ou condutor solitário dos rumos da lide, mas o inclui dentre os sujeitos do paritário diálogo processual⁶⁹ (DIDIER JR., 2015).

Consequentemente, o modelo cooperativo determina o desempenho de um duplo papel pelo juiz, que deve ser isonômico na condução do processo e assimétrico somente ao proferir suas decisões (SARLET *et al*, 2015b), como especifica Daniel Mitidiero (2015a, p. 85):

A *paridade* na sua condução está em que, embora dirija processual e materialmente o processo, atuando ativamente, fá-lo de maneira dialogal (art. 139, CPC). Vale dizer: o juiz participa do processo colhendo a impressão das partes a respeito dos seus rumos, possibilitando assim a influências dessas na formação de suas possíveis decisões. [...] A *assimetria*, de outro lado, está em que o juiz, ao decidir as questões processuais e as questões materiais do processo, necessariamente *impõe o seu comando*, cuja existência e validade independem de expressa adesão ou de qualquer espécie de concordância das partes.

O modelo cooperativo ocasiona a previsão de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo, quais sejam os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes⁷⁰ (MARINONI *et al*, 2015).

O dever de esclarecimento representa o dever do órgão jurisdicional de aclarar fatos e situações jurídicas mediante o diálogo com as partes, evitando-se a tomada de decisão com base em percepções equivocadas ou incompletas acerca da controvérsia, bem como viabiliza aos litigantes a potencialidade de obter do juízo decisões desprovidas de dúvidas ou obscuridades, mas que sejam fruto do debate em contraditório (THEODORO JR. *et al*, 2016b).

⁶⁹ Assim proclama Eduardo Grasso, citado por Daniel Mitidiero (2015a, p. 95): “O diálogo é o instrumento apontado pela doutrina como sendo aquele que torna possível a cooperação no processo.”

⁷⁰ Este feixe de deveres destinados ao juízo, consentâneos ao modelo cooperativo de processo, são assim sintetizados por Daniel Mitidiero (2015a, p. 86): “O *dever de esclarecimento* constitui o dever de o tribunal esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo. O de *diálogo*, o dever de o órgão judicial dialogar e consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando que essas o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa. O de *prevenção*, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos ser frustrado pelo uso inadequado do processo. O *dever de auxílio*, o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou de faculdades ou o cumprimento de ônus e deveres processuais.”

O dever de diálogo ou de consulta espelha a incumbência de o juízo consultar as partes a respeito de questão não debatida no processo, e por isto não submetida ao contraditório, que possa ser adotada como fundamento da decisão, a rigor da regra prescrita no art. 10 do Novo Código (DIDIER JR., 2015).

O dever de prevenção incumbe ao juiz de prevenir as partes sobre eventuais escolhas equivocadas em âmbito processual, como deficiências ou insuficiências de alegações e de pedidos ou existência de nulidades sanáveis, que possam importar a frustração do direito material, uma vez que não faria sentido afirmar que o Estado tem o papel de conferir a adequada tutela dos direitos e ao mesmo tempo permitir que estes direitos pereçam diante de defeitos que poderiam ter sido sanados caso relevados pelo próprio órgão jurisdicional⁷¹ (MITIDIERO, 2015a).

O dever de auxílio impõe ao juiz que colabore com as partes na remoção de dificuldades ao exercício dos direitos e faculdades processuais e no cumprimento de ônus e deveres processuais, providenciando a remoção do obstáculo processual ou auxiliando a parte no desempenho de suas incumbências⁷² (SOUZA, 2014).

Esta série de deveres derivados do princípio da cooperação convergem para a estruturação normativa do processo civil como um efetivo ambiente de diálogo e de participação entre o juízo e os destinatários do provimento a ser emanado. Representa, portanto, um corolário do princípio do contraditório substancial. Nesta perspectiva, a visão de Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 517):

A garantia do contraditório, imposta pela Constituição com relação a todo e qualquer processo [...], significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se, portanto, em um direito das partes e deveres do juiz.

Assim, o princípio da cooperação previsto no Novo Código de Processo Civil potencializa o franco diálogo entre os sujeitos processuais, que insere nas bases do sistema processual

⁷¹ Sobre o ponto, preconiza Daniel Mitidiero (2015a, p. 87): “É por essa razão que os arts. 317 e 932, parágrafo único, do CPC, funcionam como verdadeiras normas abertas a respeito do dever de prevenção”. Novo Código de Processo Civil: “Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.”; “Art. 922. Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.”

⁷² Para melhor ilustrar este aspecto, cita-se os exemplos de Daniel Mitidiero (2015a, p. 88): “Pense-se, por exemplo, no exequente que não encontra bens penhoráveis do executado para satisfação de seu crédito. É tarefa do juiz auxiliá-lo na identificação do patrimônio do executado a fim de que a tutela executiva possa ser realizada de forma efetiva” e de André Pagani de Souza (2014, p. 123): “É possível citar o poder que o juiz tem de inspecionar pessoas ou coisas para esclarecer fato que interesse à decisão da causa, objetivando-se impedir que a parte seja prejudicada por não ter conseguido obter documento ou informação imprescindíveis para a defesa de seus interesses.”

a lógica argumentativa, contemplada pela concepção do contraditório como direito de influência na conformação do juízo, bem como ampara a dimensão de democracia deliberativa no campo do processo, com o reforço do papel das partes na formação do provimento jurisdicional (THEODORO JR., 2016a).

Diante desta análise, verifica-se que as normas fundamentais do processo civil proclamadas no Novo Código de Processo Civil estão assentadas sobre o modelo constitucional de processo civil e permitem constatar expressamente a adoção do princípio do contraditório substancial na nova estrutura procedimental, bem como que a perspectiva participativa focalizada no diálogo processual motiva a proclamação dos princípios da boa-fé processual objetiva e da cooperação, que conjuntamente conformam o modelo constitucional de processo no sistema proclamado na nova lei processual.

2.3 REPERCUSSÕES DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL NOS INSTITUTOS PROCESSUAIS

A conformação da estrutura procedimental do diploma processual ao modelo constitucional de processo, que reconhece ao princípio do contraditório a dimensão substancial de efetiva participação das partes na formação do provimento jurisdicional, acarreta a necessidade de que também os demais institutos processuais previstos na lei sejam concebidos em conformidade com este modelo, especialmente à luz do contraditório substancial.

O Novo Código de Processo Civil traduz esta pretensão, ao adotar o princípio do contraditório em dimensão substancial e estruturar um modelo cooperativo de processo, a partir dos quais os institutos processuais são projetados e em consonância com os quais devem ser interpretados. Neste panorama, a garantia do contraditório é perceptivelmente contemplada em diversas regras previstas no novo diploma, sobretudo naquelas que arquitetam dois institutos centrais do novo sistema processual: a fundamentação das decisões judiciais e o sistema de precedentes.

A Constituição Federal proclama, em seu art. 93, inc. IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”; preceito que é reproduzido no art. 11 do Novo Código de Processo Civil.

A presença de um interesse público na prestação jurisdicional explica a disposição do princípio da publicidade⁷³, ao passo que o compromisso de observância do sistema democrático

⁷³ O foco do estudo consiste na compreensão do dever de fundamentação das decisões judiciais à luz do contraditório substancial, motivo por que não se abordará minuciosamente as premissas e os desdobramentos do princípio

na prestação jurisdicional impõe a exigência de motivação dos atos decisórios (THEODORO JR., 2016a), de modo que a motivação da decisão consiste em dever inerente ao Estado Constitucional: “sem motivação, a decisão judicial perde duas características centrais: a justificação da norma jurisdicional para o caso concreto e a capacidade de orientação de condutas sociais. Perde, em uma palavra, o seu próprio caráter jurisdicional.” (SARLET *et al*, 2015b, p. 778).

O principal dilema quanto à fundamentação da decisão judicial consiste na fixação da extensão do dever de motivação, o que traduz a indagação de como e em que medida o órgão jurisdicional deve articular as razões de seu convencimento.

O sistema processual inaugurado pelo Novo Código alcança a visão de que a extensão do dever de fundamentação, bem como seu próprio postulado, deve ser resolvido à luz da dimensão substancial do princípio do contraditório, uma vez que a motivação da decisão denota o último momento de manifestação do direito ao contraditório (MITIDIERO, 2012), como defendem Humberto Theodoro Jr. e Dierle Nunes (2009, pp. 123-123):

A garantia de fundamentação racional das decisões (art. 93, IX, da CF/1988) pode ser explorada como desígnio constitucional de que o juiz respeite, no julgamento, de forma real, a participação das partes na formação do provimento jurisdicional.

Decisão *motivada* não é outra coisa senão aquela que contenha adequada análise dos argumentos das partes e chegue racionalmente a uma conclusão congruente com essa análise.

Em função disto, o dever de fundamentação “constitui verdadeiro banco de prova do direito ao contraditório das partes” (SARLET *et al*, 2015b, p. 778), sendo portanto informado pelo princípio do contraditório substancial, não por acaso sendo previstos em sequência dentre as normas fundamentais do Novo Código de Processo Civil (MARINONI *et al*, 2015).

Assim, é a partir da fundamentação da decisão que se pode verificar concretamente se o processo respeitou o direito à efetiva participação das partes na construção do provimento jurisdicional, com a devida contemplação dos argumentos deduzidos em juízo no momento decisório. Isto é o que se pretende ao prescrever o direito de “influência” na decisão – garantir que as teses sustentadas pelas partes sejam devidamente analisadas pelo órgão julgador, que tomará a decisão a partir do confronto de teses operado em juízo.

da publicidade, que podem ser melhor detalhados pelo exame das obras de Nelson Nery Jr. (2013) e José Afonso da Silva (2012). Saliente-se, ainda, que se utiliza neste trabalho os termos “fundamentação” e “motivação” em significados idênticos, muito embora parte da doutrina especializada os diferencie, como Humberto Theodoro Jr. *et al* (2016b).

O processo na dimensão da máxima efetivação dos direitos fundamentais, que proclama a legitimação do procedimento pela participação democrática das partes em juízo e na adequada tutela dos direitos, tem pretensão de concretizar a efetividade processual e a tutela de direitos por ele proclamada, em função de que não basta anunciar o direito de as partes falarem no processo, sem que se garanta mecanismos de averiguar se elas serão devidamente ouvidas pelo órgão jurisdicional (CÂMARA, 2015). Neste prisma, explicam Fernando Gonzaga Jayme e Marcelo Veiga Franco (2014, p. 342):

Esse entendimento permite concluir que a motivação decisória é elemento do contraditório. Mais do que informação e participação no processo (dimensão formal), o contraditório, a partir de sua dimensão material, retrata o direito de a parte ter todos os seus argumentos considerados e respondidos pelo julgador, por ocasião da prolação do provimento elaborado a partir de um *iter* procedimental que possibilitou a participação das partes. Por seu turno, aos magistrados incumbe garantir o contraditório, de modo a assegurar que as alegações e as provas produzidas pelos interessados serão efetivamente examinadas pelo órgão jurisdicional.

Neste panorama, o Novo Código de Processo Civil contempla regra inovadora no sistema processual brasileiro, ao prever no art. 489, § 1º, um rol de hipóteses nas quais “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão”⁷⁴, incorporando concretamente ao diploma a necessidade de a atividade das partes em contraditório ser plenamente levada em conta pelo juiz, ao decidir, no sentido de apreciar os argumentos levantados pelas partes, seja para acolhê-los, seja para rejeitá-los (WAMBIER *et al*, 2015).

A regra veda, dentre outras hipóteses, a prolação de decisões que não expliquem a relação dos textos legais com as particularidades da causa, que invoquem motivos genéricos aptos

⁷⁴ Novo Código de Processo Civil: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

a resolver qualquer outro processo ou que empreguem conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo de sua incidência concreta; hipóteses estas que consubstanciam decisões proferidas em desconformidade com os ditames do modelo processual adotado pelo novo diploma, especialmente por estarem na contramão do franco diálogo processual na formação dos provimentos, que orienta toda a estrutura do procedimento.

Destaque-se, dentre tais situações, a previsão do Novo Código de que a decisão judicial não será considerada motivada se “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Este dispositivo talvez consista na manifestação mais clara da preocupação do novo diploma em garantir o pleno exercício do direito de participação das partes na construção do provimento jurisdicional, conferindo efetividade ao princípio do contraditório substancial (CÂMARA, 2015).

Esta previsão tem o condão de alterar significativamente o modo como a maioria dos tribunais e juízos do país tratam a extensão do dever de fundamentação, embasadas na visão formal do princípio do contraditório, em que bastaria ao órgão jurisdicional demonstrar quais as razões que motivaram o seu juízo, sem relação de legitimidade ou completude com a atividade das partes. A completude do dever de fundamentação, portanto, era resolvido a partir de um critério intrínseco, preocupado exclusivamente com a visão do juízo a respeito da controvérsia (MITIDIERO, 2012).

Esta perspectiva do dever de fundamentação está em absoluto descompasso com a visão substancial do princípio do contraditório, o qual significa o direito de influir na conformação do juízo e determina que o provimento deva encontrar justificativa no diálogo desenvolvido na trajetória processual, de maneira que se pode diretamente deduzir que não é possível aferir se a participação e o debate foram efetivos se não houver o dever judicial de contemplar e responder às teses suscitadas pelas partes (SARLET *et al*, 2015b).

Logo, a fundamentação da decisão há de deixar de ser vista como expressão apenas da concepção do juiz e, assim, como mecanismo formal de legitimação de um entendimento previamente determinado, antes da discussão processual, mas deve constituir meio de garantir a contemplação dos aspectos relevantes e racionais aventados por todos os sujeitos processuais, como exige o princípio do contraditório substancial⁷⁵ (THEODORO JR. *et al*, 2016b).

⁷⁵ Nesta óptica, sustenta Alexandre Freitas Câmara (2015, p. 15): “Isto combate o vício de muitos tribunais brasileiros de afirmar algo como ‘o juiz não está obrigado a examinar todos os fundamentos suscitados pelas partes, bastando encontrar um fundamento suficiente para justificar a decisão’. Esta é postura que claramente viola o princípio do contraditório e, portanto, é frontalmente contrária ao modelo constitucional de processo civil brasileiro. É claro que tendo o órgão jurisdicional encontrado um fundamento suficiente para decidir favoravelmente a uma das partes, não há qualquer utilidade (e, portanto, não há interesse) em que sejam examinados outros funda-

Para respeitar este preceito, o órgão jurisdicional deve manifestar-se necessariamente sobre fatos e direito, isto é, sobre o contexto fático-probatório e sobre os argumentos jurídicos debatidos em juízo, inclusive sobre elementos que não levou em consideração para tomar a decisão que, caso acolhidos, pudessem importar uma decisão diferente da proclamada⁷⁶ (WAMBIER *et al*, 2015).

A dimensão da extensão do dever de fundamentação em relação aos argumentos deduzidos pela parte vencida transparece uma perspectiva indispensável ao novo sistema processual. Se a parte tem o direito de participar da construção do provimento e de dialogar sobre todos os pontos em que pode se apoiar a decisão judicial, é absolutamente lógico que ela espere que o órgão jurisdicional contemple os argumentos por ela deduzidos e os acolha; ou, se os rejeitar, que explicita as razões pelas quais não adotou a visão jurídica defendida pela parte.

Ora, se o juízo, ao decidir, rejeita algum dos argumentos deduzidos pela parte (e que poderia levar a uma solução diferente da causa⁷⁷) sem discriminar na fundamentação da decisão os motivos por que deixou de adotar o ponto de vista defendido por ela, acaba por dispensar todo o resultado do debate desenvolvido no processo, cuja decisão não espelha a participação das partes na construção do provimento, mas somente a visão unilateral do órgão judicial.

mentos deduzidos pela parte e que também levariam a um resultado a ela favorável. Afinal, estes outros fundamentos não poderiam levar a um resultado distinto do já alcançado. Há, porém, necessidade de exame de todos os fundamentos deduzidos pela parte contrária e que, em tese, seriam capazes de levar a um resultado distinto. Em outros termos, é direito da parte ver na decisão que lhe é desfavorável a exposição dos motivos que levaram à rejeição de todos os fundamentos que suscitou em seu favor. Só assim se poderá afirmar que sua participação no processo de formação da decisão foi relevante, que ela foi ouvida (ainda que não tenha sido atendida) e, portanto, que foi plenamente respeitada sua participação em contraditório.”

⁷⁶ Na mesma linha o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 943): “O dever de motivar e a inteireza da motivação. [...] Eis a fórmula definitiva. Dispensam-se minúcias e até se repudiam digressões sobre pontos colaterais e irrelevantes, mas exige-se que o essencial seja objeto da motivação. Na prática, reputa-se não-motivada a decisão judiciária que se omite sobre pontos de fato ou de direito cujo exame poderia conduzir a julgamento diferente daquele pelo qual houver optado o juiz.”

⁷⁷ A doutrina destaca que não se exige que o juízo responda a todo e qualquer argumento levantado pela parte, que poderia vir a utilizar-se do expediente de suscitar um número exorbitante de teses com o intuito de comprometer o adequado deslinde da controvérsia, o que, a despeito de traduzir comportamento não cooperativo, comprometeria a efetividade da atividade jurisdicional e a razoável duração do processo. Por conta disso é que o Novo Código prescreve que sejam enfrentados aqueles argumentos efetivamente capazes de, em tese, importar uma solução diversa à causa. Evitando-se também a extrapolação do preceito no sentido contrário, ao se considerar o risco de o juízo alegar que não enfrentou determinada tese da parte porque não teria o condão de modificar a conclusão sobre a lide, deve-se interpretar o dispositivo consoante as normas fundamentais estruturantes do sistema processual, de modo a concluir que o magistrado, mesmo na mencionada hipótese, deverá demonstrar que seu entendimento resiste a qualquer outro argumento constante nos autos (THEODORO JR. *et al*, 2016b). Sobre o ponto, aponta Daniel Mitidiero (2012, p. 63): “Importa lembrar que fundamentos não se confundem com simples argumentos. Como já referimos noutra lugar, o juiz não está obrigado a responder todos os argumentos das partes na fundamentação da sentença. O mesmo vale para os acórdãos dos tribunais. A jurisprudência é pacífica nesse sentido [...]. Argumentos, todavia, não se confundem com fundamentos. Fundamentos constituem os pontos levantados pelas partes dos quais decorrem, por si só, a procedência ou a improcedência do pedido formulado. Os argumentos, de seu turno, são simples reforços que as partes realizam em torno dos fundamentos.”

Assim, o dever de fundamentação volta-se, notadamente, à parte vencida, para que possa saber o porquê da rejeição de suas teses e do indeferimento de seus pedidos⁷⁸, e confere coerência e completude ao pronunciamento judicial⁷⁹, que possa representar o resultado de um efetivo diálogo processual, legitimado pela participação democrática das partes.

Esta visão da extensão do dever de fundamentação, que deve levar em consideração as teses suscitadas pelas partes e coloca o juiz como sujeito atuante na concretização do contraditório, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RMS 24.536/DF, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, em que se proclamou que “assegurada pelo constituinte nacional, a pretensão à tutela jurídica envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador”⁸⁰ (SILVA, B.; ROBERTO, 2014, p. 192).

Diante do exposto, verifica-se que o dever de fundamentação é erigido de forma renovada no Novo Código de Processo Civil, que prescreve regras específicas, ao lado das diretivas do princípios do contraditório substancial e das demais normas fundamentais do processo, com o intuito de conformar a motivação das decisões judiciais ao novo sistema processual, impondo que o órgão judicial exponha de maneira contundente o modo como formou a decisão, garantindo-se o respeito à efetiva participação das partes na construção do provimento jurisdicional.

A conformação constitucional do processo civil pretende conferir maior efetividade às garantias processuais também na produção judicial do direito, o que “ganha relevo quando o Poder Judiciário, antes circunscrito a produzir soluções para um caso específico, é chamado a produzir regulações que tem o condão de dirimir de forma abstrata e geral inúmeros conflitos, como se dá nos precedentes vinculantes” (SILVA, B.; ROBERTO, 2014, p. 179).

⁷⁸ Acerca da temática, sublinham Eduardo de Avelar Lamy e Horácio Wanderlei Rodrigues (2012, p.163): “Buscando dar uma resposta mais direta ao problema da amplitude da fundamentação, deve ela ser suficiente para que ambas as partes possam conhecer e compreender os motivos pelos quais a decisão foi dada naquele sentido. Deve, em especial, demonstrar para a parte vencida os motivos pelos quais ela não possui o direito alegado. Nesse sentido, deve ser a sentença o momento de materialização do processo de objetivação desenvolvida naquele processo.”

⁷⁹ Acerca do tema, enuncia Daniel Mitidiero (2012, p. 63): “A motivação da decisão no Estado Constitucional, para que seja considerada completa e constitucionalmente adequada, requer em sua articulação mínima, em síntese: (i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para, (i.i) individualização das normas aplicáveis; (i.ii) acertamento das alegações de fato; (i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; (i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (ii) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e (iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz sido racionalmente correta. Em “i” devem constar, necessariamente, os fundamentos arguidos pelas partes, de modo que se possa aferir a consideração séria do órgão jurisdicional a respeito das razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais.”

⁸⁰ Este mesmo acórdão foi referido e parcialmente transcrito no primeiro capítulo desta monografia, onde pode ser consultado detalhadamente. Saliente-se que a decisão referida não inaugurou uma expressiva modificação da corrente jurisprudencial no que diz respeito à extensão do dever de motivação, permanecendo como majoritária nas Cortes Superiores o entendimento segundo o qual o magistrado não estaria obrigado a se pronunciar sobre todos as alegações das partes ou todos os fundamentos do provimento impugnado em sede recursal (THEODORO JR. *et al*, 2016b)

Para que o exercício da jurisdição alcance o ideal de efetividade da tutela de direitos proclamada pela Constituição da República, é fundamental que os órgãos jurisdicionais respeitem a liberdade, a igualdade e a segurança jurídica na produção do direito, especialmente aqueles com função precípua de conferir unidade ao direito⁸¹, o que demanda o respeito a precedentes vinculantes⁸² e a estruturação de um sistema de precedentes capaz de racionalizar a sua observância (MARINONI *et al*, 2015), como explica Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p. 354):

O respeito aos precedentes assegura a segurança jurídica, conferindo credibilidade ao Poder Judiciário e permitindo que os jurisdicionados pautem suas condutas levando em conta as orientações jurisprudenciais já firmadas. Em outras palavras, o respeito aos precedentes estratifica a *confiança legítima*: os jurisdicionados passam a confiar nas decisões proferidas pelo Judiciário, acreditando que os casos similares terão o mesmo tratamento e as soluções serão idênticas para situações iguais.

O Novo Código de Processo Civil incorporou ao direito processual brasileiro a estruturação normativa de um sistema de precedentes, conferindo força vinculante a determinadas decisões de tribunais e organizando a forma como se orienta o direito jurisprudencial no novo sistema processual⁸³ (THEODORO JR. *et al*, 2016b).

Na base teórico-normativa deste sistema de precedentes, irrompe como condição de legitimidade do precedente, a conferir-lhe a força vinculante que pretende o sistema, a forma como o tribunal⁸⁴ promove os seus julgamentos, que deve ser condizente com a estrutura firmada na lei processual.

⁸¹ Especialmente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (MARINONI, 2016a).

⁸² Para os fins desta abordagem, adota-se o conceito de precedente enunciado por Luiz Guilherme Marinoni *et al* (2015, p. 550): “O novo Código introduz o conceito de *precedentes*. Os *precedentes* não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são *razões generalizáveis* que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial. E porque tem como *matéria-prima a decisão*, o precedente trabalha essencialmente sobre *atos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição* e que determinaram a prolação da decisão da *maneira* como foi prolatada. Os precedentes são *razões generalizáveis* que podem ser extraídas da *justificação das decisões*.”

⁸³ O sistema de precedentes estruturado pelo Novo Código de Processo Civil é um dos temas de maior debate na doutrina nacional, que não pode ser abordado com a profundidade que merece no corte desta monografia, cujo foco nesta temática recai nas repercussões do princípio do contraditório substancial no sistema de precedentes. Para um estudo completo do sistema de precedentes no direito brasileiro, remete-se às obras de Luiz Guilherme Marinoni (2016a), de Humberto Theodoro Jr. *et al* (2016b) e de Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015).

⁸⁴ No contexto desta análise, usa-se a expressão “tribunal” para designar genericamente o órgão jurisdicional de hierarquia superior dotado de competência legal para proferir decisões que traduzam precedentes com vinculatividade obrigatória, nos termos do Novo Código de Processo Civil, como as Cortes Superiores, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça.

A produção de uma decisão cuja regra de decisão (*ratio decidendi*⁸⁵) seja dotada da força vinculativa de precedente depende, portanto, da aferição de que a solução jurídica aplicada pelo órgão jurisdicional é proveniente de um adequado diálogo processual. Em outras palavras, não há como reconhecer a força vinculante de um precedente que não seja resultado de uma decisão que respeitou, substancialmente, o princípio do contraditório enquanto garantia de efetiva participação das partes na construção do provimento (THEODORO JR. *et al*, 2016b).

Por esta razão, o Novo Código prevê regras e instrumentos normativos capazes de possibilitar que a formação e a aplicação dos precedentes seja fruto da efetiva participação em contraditório, com a submissão ao de todos os argumentos capazes de firmar a solução da causa ao contraditório e o enfrentamento de todas estas teses pelo órgão jurisdicional, como destaca Humberto Theodoro Jr. *et al* (2016b, pp. 148-152):

Para tanto, o Novo CPC otimiza dois grandes corolários do princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa para o sistema de precedentes: a técnica da superação em seus arts. 489, 927 e 1.036. A aludida técnica de *overruling* viabiliza a participação das partes na indução de que o tribunal se afaste de ‘regras jurisprudenciais’ de modo legítimo (*justified departures*), e não afastamentos subjetivos e desprovidos de embasamento. [...] Resta ainda a percepção de que o contraditório dinâmico garantiria às partes técnicas hábeis para a *distinção de casos* e para a *superação de entendimentos*; nesse aspecto, o Novo CPC, inovando a atual situação de carência técnica e como corolário do contraditório, prevê o cabimento da reclamação quando ocorrer a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam, para a demonstração de existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado (*distinguishing*) ou a superação da tese (*overruling*).⁸⁶

Assim, o Novo Código de Processo Civil prevê no art. 927⁸⁷ as hipóteses nas quais os órgãos jurisdicionais deverão observar os precedentes vinculantes, reforçando expressamente

⁸⁵ Para os fins deste trabalho, adota-se a acepção de *ratio decidendi* enunciada por Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p. 355): “A *ratio decidendi* pode ser definida como a concreta expressão do resultado a que chegou o juízo com a interpretação e a aplicação da norma jurídica ao caso que lhe foi posto a julgamento. Em outras palavras, a *ratio decidendi* consiste numa regra geral sem a qual o caso seria decidido diversamente. [...] A *ratio decidendi* é, enfim, a essência da tese jurídica que serviu de fundamento para a solução do caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito que deve ser seguida nos casos futuros.”

⁸⁶ Também a respeito da precisa definição das técnicas de distinção de casos (*distinguishing*) e de superação de entendimentos (*overruling*), reitera-se o teor da nota 83.

⁸⁷ Novo Código de Processo Civil: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica

em seus parágrafos o dever de submissão de todas as teses ao debate em contraditório e a observância do dever de fundamentação concreta das razões invocadas pelo juízo na aplicação do precedente, na distinção de casos ou na superação de entendimentos⁸⁸.

No nosso sistema de processo civil, o juiz é sujeito participante do contraditório, e portanto integra o debate processual, posteriormente projetado na fundamentação da decisão judicial. Diante disto, ele também deve contribuir para a formação de precedentes, “seja concorrendo com a sua aplicação, seja apresentando contrapontos para que o tribunal leve em consideração novos argumentos, mesmo que seja obrigado a decidir conforme o padrão decisório adotado pelas Cortes Superiores” (NUNES, G., 2016, p. 08), em original modalidade de contraditório judicial, capaz de viabilizar a superação de entendimentos, promover a continuidade do debate e manter a independência interna da magistratura (THEODORO JR. *et al*, 2016b).

Por via de consequência, no novo sistema processual, os acórdãos devem possuir uma linearidade argumentativa para que possam representar os verdadeiros padrões decisórios que gerariam estabilidade decisória, segurança jurídica, proteção da confiança e previsibilidade (NUNES, D.; LACERDA, 2014a).

Em outras palavras, os acórdãos devem espelhar o profícuo debate de teses promovida no decorrer processo, de modo que a fundamentação da decisão proferida demonstre, a partir do cotejo argumentativo das particularidades do caso e das perspectivas jurídicas discutidas em contraditório, precisamente o contexto fático da causa e a *ratio decidendi* da decisão proferida. Isto porque o precedente, para adquirir caráter vinculante, deve ser fruto de uma decisão judicial proferida em consonância com o princípio do contraditório substancial.

Destarte, pode-se verificar que existe uma relação crucial entre o princípio do contraditório substancial e o sistema de precedentes insculpido no Novo Código de Processo Civil, o que traduz a conformação do modelo constitucional de processo ao sistema inaugurado pelo

adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

⁸⁸ Na mesma direção, o conteúdo dos Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis n. 02: “Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório.”; n. 306: “O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”; e n. 458: “Para a aplicação, de ofício, de precedente vinculante, o órgão julgador deve intimar previamente as partes para que se manifestem sobre ele.” (DIDIER JR., PEIXOTO, 2016, pp. 489-492).

novo diploma e reforça a repercussão da dimensão substancial do contraditório sobre a estruturação normativa dos institutos processuais.

A repercussão da adoção do contraditório substancial nos institutos processuais civis pode ser visualizada, também, na organização do sistema recursal⁸⁹, que igualmente há de ser estruturado e interpretado a partir do modelo constitucional de processo, e por conseguinte em estrita observância do princípio do contraditório substancial.

Neste panorama, o aspecto mais destacado da nova lei processual corresponde à previsão de estabelecimento do debate em contraditório diretamente pelo tribunal quando se deparar com o possível reconhecimento de nulidade processual não debatida em primeiro grau.

A regra do art. 933 do Novo Código⁹⁰ impõe ao relator o dever de intimar as partes para se manifestar sobre a questão prejudicial antes de que o recurso seja julgado pelo órgão colegiado, ainda que o vício seja constatado apenas durante a sessão de julgamento. O dispositivo, assim, amolda o rito recursal à regra de que as partes devem ter a oportunidade de se manifestar sobre todos os pontos que possam servir de fundamento para a solução da causa, inclusive os de ordem pública, como grifa Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015, p. 66):

É interessante observar que o NCPC chegou até mesmo a resolver o problema decorrente de se poderem conhecer nulidades absolutas em grau de recurso, sem que sobre estas se tenha controvertido em 1º grau: dentre os poderes do relator, está o de estabelecer o contraditório, antes que o recurso seja levado ao órgão colegiado. Se o fato de haver matéria de ordem pública for verificado no momento em que algum dos desembargadores proferiu o voto, se propõe o contraditório às partes do mesmo modo (art. 933 do NCPC).

Reitere-se que, paralelamente a estas regras específicas da nova lei processual que pretendem garantir a observância do contraditório substancial, como abordado, a nova lei processual induz a sua interpretação sistemática a partir de suas normas fundamentais, dentre as quais se sobressai como alicerce teórico-normativo o princípio do contraditório substancial.

Diante do exposto, pode-se vislumbrar, ao longo de toda a estruturação normativa do procedimento, nos dispositivos do Novo Código de Processo Civil, a preocupação do diploma

⁸⁹ Para uma abordagem completa do sistema recursal instituído pelo Novo Código de Processo Civil, remete-se às obras de Pedro Miranda de Oliveira (2015), de Cássio Scarpinella Bueno (2015a) e de Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015).

⁹⁰ Novo Código de Processo Civil: “Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias. § 1º Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente. § 2º Se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no *caput* e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores.”

em conformar o sistema processual à garantia do debate em contraditório, com a previsão de regras que reforçam a densificação infraconstitucional do princípio do contraditório em dimensão substancial e o edificam como verdadeiro lastro teórico-normativo do novo sistema processual civil.

3. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A VEDAÇÃO À PROLAÇÃO DE DECISÕES-SURPRESA

O capítulo pretende averiguar a conformação infraconstitucional do princípio do contraditório substancial diante da previsão pelo Novo Código de Processo Civil da regra que impede o órgão jurisdicional de proferir decisões com base em fundamentos não previamente submetidos ao debate processual, ainda que de matérias passíveis de conhecimento de ofício.

De início, explora-se os eixos teóricos e normativos que sustentam a concepção de que a prolação de decisões-surpresa viola o princípio do contraditório. Então, examina-se o papel do juiz no debate processual e o seu dever de observar o contraditório, bem como suas consequentes repercussões na valoração jurídica da lide pelo juízo e no conhecimento de matérias *ex officio*. Por fim, analisa-se a extensão do novo dispositivo, as potenciais consequências de sua observância e as repercussões da regra no sistema processual inaugurado pelo Novo Código.

3.1. BASES TEÓRICA E NORMATIVA DA VEDAÇÃO ÀS DECISÕES-SURPRESA

O princípio do contraditório substancial, como visto, estrutura o sistema processual a partir da garantia de participação efetiva das partes na construção do provimento a ser emanado pelo órgão jurisdicional, desenvolvendo-se um autêntico diálogo processual em que se deve conferir às partes a oportunidade de discutir previamente sobre a solução do litígio e participar do convencimento do juiz (CUNHA, 2012).

A prolação de decisão judicial com apoio em fundamento a respeito do qual as partes não puderam se manifestar (ou seja, não puderam participar do procedimento e influenciar a formação do provimento), representa uma violação ao princípio do contraditório, justamente por ter o juízo proferido decisão com base em fundamento não submetido ao contraditório prévio. Em outras palavras, “tudo que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes corresponde à surpreendê-las e a desconsiderar o caráter dialético do processo” (THEODORO JR. *et al*, 2016b, p. 128).

O provimento jurisdicional deve ser fruto do embate de teses em contraditório, com participação ativa e cooperativa de todos os seus destinatários e do juiz, o qual, inclusive, tem o dever de esclarecer na fundamentação da decisão que a solução tomada tem apoio no diálogo processual e os motivos por que adotou uma conclusão em detrimento das outras possibilidades discutidas ao longo do processo. Desse modo, “exigir que o pronunciamento jurisdicional tenha

apoio tão somente em elementos sobre os quais as partes tenham tido a oportunidade de se manifestarem significa evitar a decisão-surpresa no processo”⁹¹ (SARLET *et al*, 2015b, p. 762).

Neste contexto, pode-se definir como “decisão-surpresa” aquela que contém, como fundamento, matéria a respeito da qual não tenha sido previamente oportunizada a manifestação dos sujeitos processuais (SANTOS, 2015). Na mesma direção, o conceito minudente de André Pagani de Souza (2014, pp. 136-137):

Decisão-surpresa é uma decisão fundada em premissas que não foram objeto de prévio debate ou a respeito das quais não se tomou prévio conhecimento no processo em que é proferida. Ou seja, a decisão-surpresa é aquela cujos fundamentos não foram mencionados no processo ou a respeito dos quais não foi conferida a oportunidade de prévia manifestação. É uma decisão que surpreende a todos porque é pronunciada sem que ninguém – exceto seu prolator – tenha tido oportunidade de tomar conhecimento prévio sobre seus fundamentos. Por outras palavras, trata-se de uma decisão sobre a qual não se oferece previamente a chance de conhecimento ou manifestação acerca de seus fundamentos. Tais premissas – sobre as quais está fundada a decisão-surpresa – podem ser questões de fato ou de direito, a respeito das quais não se tomou conhecimento, ou melhor, não foram ventiladas no processo para possibilitar o debate à luz do contraditório.

A dimensão substancial do contraditório encontra fundamento na consagração do princípio do contraditório como direito fundamental de aplicabilidade imediata em máxima eficácia, a rigor do art. 5º, inc. LV e § 1º, da Constituição da República, conforme já abordado.

Em função disto, a própria Constituição Federal confere suporte normativo à regra de vedação à prolação de decisões-surpresa no processo civil brasileiro, em consonância com o modelo constitucional de processo⁹². Esta a posição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2014, p. 240):

A parte não pode ser surpreendida por fatos e circunstâncias a respeito das quais não tenha tomado conhecimento, vale dizer, que não saiba o porquê da decisão. Caso o juiz tenha de decidir com base em argumentos de fato ou de direito, ainda que a matéria seja de ordem pública, que não tenham sido alegados pelas partes, deve propiciar a elas a oportunidade para que se manifestem a respeito, sob pena de nulidade da sentença. [...]

⁹¹ Identicamente, esclarece Alexandre Freitas Câmara (2015, p. 11): “Consequência dessa percepção do contraditório como garantia de participação com influência é que deve ser ele, também, compreendido como *uma garantia de não surpresa*. Significa isto dizer que o resultado do processo não pode ser tal que surpreenda qualquer dos seus participantes.”

⁹² Ao examinar o art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, anota José Miguel Garcia Medina (2014, p. 166): “Vê-se que, como uma das consequências do princípio, o órgão jurisdicional não pode proferir decisão com surpresa para as partes. Reconhece-se que, mesmo em se tratando de temas a respeito dos quais deva o juiz manifestar-se *ex officio*, deve o órgão jurisdicional, atento ao princípio do contraditório, ouvir a parte interessada, evitando-se, com isso, a prolação de 'decisão-surpresa' para a parte, o que não se coadunaria com o princípio do contraditório.”

Em suma, a garantia do contraditório não permite que o juiz se utilize de fundamento não debatido anteriormente pelas partes.

Este panorama encontra ressonância nos sistemas processuais de diversos outros países ocidentais de tradição processual semelhante à brasileira, o que motivou a doutrina nacional e o legislador processual a procurar no direito comparado o reforço teórico para proporcionar uma melhor consolidação do entendimento segundo o qual a prolação de decisões-surpresa viola o princípio do contraditório.

Ao buscar identificar no direito estrangeiro a abordagem do tema, uma primeira constatação é que a preocupação com o problema da prolação de decisões-surpresa dentro da sistemática processual não é recente. Ainda em 1931, “Pollak, ao comentar a ZPO austríaca, afirmava que o Tribunal não deve surpreender as partes na sentença com pontos de vista jurídicos não analisados na fase preliminar: se o Tribunal viola esse dever, o procedimento é viciado” (THEODORO JR. *et al*, 2016b, p. 135). Tal percepção foi acolhida na reforma da legislação processual da Áustria, conforme notícia Dierle Nunes (2004, p. 83):

Um dos pontos da recente reforma do processo civil austríaco de 2002 (*Zivilverfahrens-Novelle 2002*) foi a proibição no ‘§ 182a’ de decisões de surpresa, impondo ao juiz o dever de discutir com as partes alegações de fato e de direito, evitando a obtenção de decisões fruto de próprios convencimentos solitários não submetidos à necessária discussão preventiva acerca dos elementos alegados, meios probatórios deduzidos e atividades desenvolvidas pelas partes ou por ele próprio.

Na Alemanha, a doutrina e o Tribunal Constitucional Federal entendem que a compreensão da possibilidade de as partes poderem influir sobre o resultado dos provimentos e a decorrente vedação à prolação de decisões-surpresa decorre do direito fundamental ao contraditório, que é garantido constitucionalmente no art. 103, § 1º, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (THEODORO JR. *et al*, 2016b).

A regra foi positivada na legislação processual alemã em 1977, no § 278, III, da Ordenança Processual Civil (*Zivilprozessordnung - ZPO*)⁹³, que impedia o juiz de fundamentar sua decisão com base em elemento ignorado pela parte, sem antes concedê-la a oportunidade de

⁹³ Conforme Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2003a, p. 168): “Em relação a esses conceitos [decisão-surpresa], amplamente pacificados na doutrina e na jurisprudência da então Alemanha Federal, quando da reforma processual de 1977 foi incorporado ao seu direito positivo o § 278, III, da Ordenança Processual Civil (ZPO), a seguir reproduzido em tradução livre: ‘O juiz só pode apoiar sua decisão em um aspecto jurídico considerado insignificante pela parte, ou que lhe tenha passado despercebido, se lhe tiver dado oportunidade de manifestar-se a respeito, salvo quando se tratar de uma questão meramente acessória.’”

apresentar sua manifestação a respeito (SANTOS, 2015). Posteriormente, em 2001, o dispositivo foi aperfeiçoado para abarcar também as situações de fato eventualmente ignoradas pela parte e para constar expressamente o dever de advertência do magistrado de acautelar as partes sobre questões não debatidas entre elas, conforme o atual § 139, 2, da ZPO⁹⁴ (NERY JR., 2013).

Na Itália, o *Codice di Procedura Civile* estabelece o dever do magistrado de provocar preventivamente o contraditório pleno sempre que se deparar com questão cognoscível de ofício não suscitada pelas partes (MALLET, 2014). O debate sobre a necessidade de submissão de questões conhecidas de ofício pelo magistrado ao contraditório prévio perante as partes já foi apreciado em diversas oportunidades pela Corte de Cassação, que manifestou ser nula a dita *decisione della terza via*, como informa Dierle Nunes (2012, pp. 232-234):

O debate da referida questão na Itália já chegou às mais altas Cortes, como no reverenciado precedente da Corte de Cassação, 14.637. de 21.11.2001, em que se decidiu que ‘*é nula a sentença que se funda sobre uma questão conhecida de ofício e não submetida pelo juiz ao contraditório das partes*’. [...] ‘*A corte [...] afirma que o juiz que entenda, depois da delimitação do thema decidendum, ocorrida no curso da audiência preliminar, de levantar uma questão conhecível oficiosamente e não considerada anteriormente, deve submetê-la às partes para lhes permitir a intervenção em contraditório. A falta de indicação comporta a violação do dever de colaboração por parte do juiz e determina a nulidade da sentença por violação do direito de defesa das partes [...]*’ (ITÁLIA, Corte de cassação, n. 21.108, 2005).

Na França, o *Nouveau Code de Procédure Civile* prevê que o contraditório é destinado igualmente ao juiz e lhe impede de fundamentar a decisão sobre aspectos jurídicos que suscitou de ofício sem ter previamente convidado as partes para se manifestar sobre as suas observações (NUNES, D., 2004):

Artigo 16.

O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório.

Não pode considerar, na sua decisão, os pontos, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que tenham sido objeto de debate em contraditório.

Não pode fundamentar sua decisão sobre pontos de direito que ele próprio haja suscitado de ofício, sem ter previamente chamado as partes a apresentar suas alegações. (SOUZA, 2014, p. 100).

⁹⁴ De acordo com André Pagani de Souza (2014, p. 115), com apoio em tradução feita por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: “O § 139 da ZPO alemã dispõe o seguinte: § 139 – Condução material do processo. [...] (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado a oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito que divirja da compreensão de ambas as partes.”

Em Portugal, a previsão de uma regra específica de vedação às decisões-surpresa no Código de Processo Civil português é tida pela doutrina como uma das precursoras da nova concepção do princípio do contraditório e contributo importante na consolidação deste entendimento no Brasil (SOUZA, 2014), em dispositivo que prevê de forma expressa que o magistrado é também sujeito do contraditório:

Art. 3º, 3, do CPC Português:

Art. 3º (...) 3 – O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem. (DIDIER JR.; PEIXOTO, 2016, p. 43).

Estas observações no direito estrangeiro permitiram à doutrina consolidar o entendimento segundo o qual a garantia constitucional do contraditório provocaria a vedação de decisões-surpresa no sistema processual (THEODORO JR. *et al*, 2016b), assim como orientou a positivação de uma regra específica no novo diploma processual civil brasileiro, que procurou concretizar na legislação infraconstitucional o modelo constitucional de processo e, por via de consequência, a dimensão substancial do princípio do contraditório, especialmente a regra da vedação à prolação de decisões-surpresa (SANTOS, 2015).

Deste jeito, em dispositivo sem correspondência na lei processual anterior, o Novo Código de Processo Civil prevê, no art. 10, que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Esta regra é “mais uma emanção do princípio do contraditório substancial, pondo em realce que a contrariedade nos autos do processo não é apenas entre as partes, mas também entre as partes e o juiz, passando este a ser considerado como sujeito do contraditório” (ALVIM, 2015, p. 78). Complementa a enunciação do princípio, Dierle Nunes (2004, p. 83):

Deste modo, o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não-surpresa, que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que ‘em solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou ambas as partes.

À vista disso, pode-se visualizar que a previsão do art. 10 do Novo Código consolida a dimensão substancial do princípio do contraditório, especialmente a vedação à prolação de de-

cisões-surpresa, o que inaugura uma nova concepção de debate processual: a imprescindibilidade de discussão de todas as matérias capazes de definir o deslinde da controvérsia e a submissão do órgão jurisdicional ao diálogo processual.

Neste panorama, a norma promove a redefinição do papel do juiz no debate processual, ao incluí-lo dentre os destinatários do princípio do contraditório, o que inclina particular atenção à valoração jurídica da causa pelo magistrado e às matérias passíveis de conhecimento de ofício, situações que o juízo passa a ter de necessariamente submeter os seus raciocínios ao debate com as partes.

3.2 O PAPEL DO JUIZ NO DEBATE PROCESSUAL: A EXTENSÃO DO *IURA NOVIT CURIA* E AS MATÉRIAS DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO

O Novo Código de Processo Civil orienta uma nova percepção a respeito da apreciação da matéria jurídica no processo brasileiro, em função da imprescindibilidade do prévio debate em contraditório de todos os fundamentos determinantes para a solução da causa proclamada na decisão jurisdicional.

A função judicial encontra-se essencialmente ligada à aplicação do direito. Para possibilitar que o juiz investigue e aplique a regra jurídica adequada ao caso, sem risco de parcialidade, é que se confere ao órgão judicial a atribuição precípua de dizer o direito aplicável ao caso concreto. A enunciação tradicional deste pensamento é expressada nos brocados *da mihi factum, dabo tibi ius* e *iura novit curia*, na percepção de que à parte caberia indicar o fato do qual decorresse o seu direito e ao órgão jurisdicional caberia aplicar o direito a esse fato (OLIVEIRA, 2003b).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XXXV, impõe ao Poder Judiciário o dever de decidir e fazer incidir o ordenamento jurídico sobre todos os casos levados à sua apreciação. Por conta disto, no objetivo de poder cumprir este dever finalístico, edifica-se outro dever de feição instrumental ao julgador, qual seja o de “investigar e interpretar corretamente as fontes jurídicas (principais ou subsidiárias) adequadas à solução concreta, dando primazia à Constituição e às leis, independente da colaboração das partes e mesmo contra ela” (LIMA, 2016, p. 136).

O que importa ao efetivo exercício da jurisdição, como consequência do seu dever de inafastabilidade da jurisdição, é que a valoração da causa pelo juízo, com a consequente aplicação da regra jurídica elegida como solução ao caso, não esteja adstrita às alegações das partes,

mas que possa livremente investigar e interpretar as regras jurídicas a fim de proferir uma decisão que espelhe a solução jurídica mais adequada ao caso, uma vez que a própria Constituição Federal lhe impõe o dever de promover a adequada tutela dos direitos (MARINONI *et al*, 2015).

Neste contexto, o aforismo *iura novit curia* é tradicional no direito processual brasileiro⁹⁵, ao impor ao juiz conhecer do direito, ou investigá-lo de ofício caso não o conheça, e ao mesmo tempo ao lhe conferir independência na sua aplicação, desvinculando-o das alegações das partes a respeito. Em outras palavras, “nem a aceitação da existência de determinada norma jurídica, nem a investigação de seu sentido e conteúdo, nem a subsunção dos fatos introduzidos no processo podem ser impostos pela parte ao juiz”⁹⁶ (OLIVEIRA, 2003b, p. 66).

A grande questão a respeito da valoração jurídica pela juízo não repousa na sua independência funcional e instrumental em eleger a norma jurídica aplicável ao caso, em consonância com o *iura novit curia*⁹⁷, mas na modalidade de exercício desta prerrogativa.

A regra instituída no art. 10 do Novo Código de Processo Civil consubstancia a estruturação normativa da forma como o juízo deve atuar ao proceder a valoração jurídica da causa de maneira diversa da promovida pelas partes: submetendo sua visão ao contraditório. Deste jeito, permite-se às partes a oportunidade de participar da construção do provimento e, sobretudo, garante-se que os fundamentos determinantes da solução jurídica do caso serão provenientes da dialética processual – do confronto de teses em juízo, tanto as suscitadas pelas partes, quanto as suscitadas pelo magistrado –, o que representa a estreita observância dos princípios constitucionais processuais, especialmente o contraditório substancial⁹⁸.

Neste contexto, a autonomia concedida ao julgador na eleição da norma aplicável ao caso, independentemente de sua alegação pelas partes, retratada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a oitiva prévia das partes sobre as diretrizes sinalizadas ao litígio, em respeito ao

⁹⁵ A investigação acurada do conceito e das manifestações históricas do *iura novit curia* no processo brasileiro pode ser melhor encontrada nas obras de Thadeu Lima (2016) e Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2003a).

⁹⁶ Sobre o conceito, explica André Pagani de Souza (2014, p. 170): “Como se sabe, de acordo com o brocardo *iura novit curia*, o juiz tem o poder-dever de saber e identificar a norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto que lhe é apresentado pela demanda, independentemente da alegação da parte de qual deva ser o direito aplicável à espécie. Uma vez observados, rigorosamente, os fatos e fundamentos jurídicos do pedido (causa de pedir próxima e remota), o juiz pode e deve qualificá-los juridicamente do modo que bem entender.”

⁹⁷ Regra geral que, como mencionado, é absolutamente pacífica na doutrina e jurisprudência nacionais.

⁹⁸ Neste aspecto, sustenta Luigi Montesano, citado por Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p. 373): “a garantia constitucional do contraditório certamente não elimina nem atenua o princípio fundamental *iura novit curia*, isto é, o poder-dever oficioso do juiz de individuar a norma aplicável em causa, não ficando vinculado à impositação da causa ‘em direito’ por obra das partes. A garantia de debate incide, todavia, fortemente sobre o *modo* e o *tempo* do exercício daquele poder-dever e deveria conduzir, espera-se, a jurisprudência a mudar a linha de total liberdade de aplicação das normas jurídicas totalmente estranhas ao debate entre as partes.”

princípio do contraditório⁹⁹ (OLIVEIRA, 2003a). Assim o explica Luiz Guilherme Marinoni *et al* (2015, p. 182):

O direito ao contraditório – lido na perspectiva do direito ao diálogo, inerente à colaboração – condiciona a aplicação da máxima *iura novit curia* ao prévio diálogo judicial. É certo que o juiz continua com o poder de aplicar o direito ao caso concreto, inclusive invocando normas jurídicas não chamadas pelas partes. No entanto, a validade da aplicação ao caso concreto dessa inovação está condicionada ao prévio diálogo com as partes. Vale dizer: o juiz tem o dever de oportunizar às partes que o influenciem a respeito do acerto ou desacerto da solução que pretende outorgar ao caso concreto (art. 10 do CPC). Isso quer dizer que a máxima do *iura novit curia* continua plenamente vigente no novo Código: apenas a sua aplicação é que está condicionada ao prévio diálogo com as partes.

Logo, “embora, no direito brasileiro, o juiz possa decidir com base em fundamento não suscitado pelas partes (*iura novit curia*), deve, antes, proporcionar oportunidade às partes, de que se manifestem sobre ele”¹⁰⁰ (WAMBIER *et al*, 2015, p. 67).

Eis o preciso significado do dever do juiz de observar ele próprio o contraditório e de ser paritário na condução do processo. Da mesma forma que as partes, deve submeter ao debate processual as suas visões jurídicas do caso, a fim de que integre o conjunto de argumentos contrapostos discutidos em juízo.

Na mesma lógica, o art. 10 do Novo Código de Processo Civil impõe o dever de submissão ao contraditório também as matérias sobre as quais o juiz deva decidir de ofício. Ainda que não suscitado pelas partes, certas matérias de ordem pública, fáticas ou jurídicas, devem ser conhecidas pelo juiz em qualquer tempo e grau de jurisdição¹⁰¹; todavia este dever de conhecimento de ofício não dispensa a necessidade de exposição da matéria ao debate processual, antes da prolação da decisão (BUENO, 2015b), como explica Alexandre Freitas Câmara (2015, p. 09):

⁹⁹ Igualmente, argumenta Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p. 358): “Daí se impor uma releitura à aplicação da máxima *iura novit curia*, segundo a qual constituiria tarefa privativa do juiz a aplicação do direito independentemente da sua arguição pelas partes, cabendo a estas últimas apenas a alegação dos fatos. Vale dizer que a máxima *iura novit curia* há de ser interpretada conforme o princípio constitucional do contraditório, concretizando a finalidade de evitar surpresas de frustrar as expectativas legítimas causadas às partes.”

¹⁰⁰ Na mesma orientação, sublinha Thadeu Lima (2016, pp. 140-141): “O primeiro novo limite ao *iura novit curia* está consignado no art. 10 do novo CPC, que preconiza não poder o juiz decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestarem, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva se pronunciar de ofício. [...] O limite ora tratado, repita-se, o contraditório sobre questões de direito, *não é impeditivo*, mas apenas *condicionante* da utilização do *iura novit curia*, guardando por isso uma *feição exclusivamente procedimental*.”

¹⁰¹ Para uma visão minudente das matérias passíveis de conhecimento de ofício e das prerrogativas do órgão jurisdicional nesta atuação, remete-se às obras de Humberto Theodoro Jr. (2016a) e Alexandre Freitas Câmara (2015).

A decisão judicial, portanto, precisa ser construída a partir de um debate travado entre os sujeitos participantes do processo. Qualquer fundamento de decisão precisa ser submetido ao crivo do contraditório, sendo assegurada oportunidade para que as partes se manifestem sobre todo e qualquer possível fundamento. Isso se aplica, inclusive, às matérias cognoscíveis de ofício (como, por exemplo, a falta de legitimidade ou de interesse). Ser de ordem pública alguma matéria significa que pode ela ser apreciada de ofício, isto é, independentemente de ter sido suscitada por alguma das partes. Quer isto dizer, porém, que essas são matérias que o juiz está autorizado a suscitar, trazer para o debate.

Autorização para conhecer de ofício, porém, não é autorização para decidir sem prévio contraditório. As questões de ordem pública, quando não deduzidas pelas partes, devem ser suscitadas pelo juiz, que não poderá sobre elas pronunciar-se sem antes dar oportunidade às partes para que se manifestem sobre elas.

Portanto, o órgão jurisdicional deve dar ciência às partes sobre a existência de questões não levantadas por elas ao longo do processo e que podem ser conhecidas de ofício, a fim de que, ao saber da possibilidade de sobrevir decisão a respeito de tais matérias, possam as partes submeter suas visões ao órgão judicial e tomar as medidas que entenderem necessárias (NERY JR., 2013).

A distinção preconizada pelo dispositivo é sutil, mas indispensável para a higidez na condução do processo de acordo com o modelo constitucional concretizado na lei processual: uma circunstância é o juiz poder conhecer certa matéria de ofício, sem provocação da parte; outra circunstância é o magistrado poder agir sem ouvir previamente as partes. Poder agir independentemente de provocação das partes não é o mesmo que agir sem ouvir as partes, circunstância esta que não lhe é permitida (DIDIER JR., 2015).

“O poder do juiz de conhecer uma certa matéria de ofício não lhe dá autorização para dispensar o contraditório, elemento legitimador dos provimentos estatais” (CÂMARA, 2011, p. 24). Nesta linha, ilustra Leonardo Carneiro da Cunha¹⁰² (2012, p. 357):

¹⁰² Na mesma direção, explica Alexandre Freitas Câmara (2011, p. 24): “Pense-se, por exemplo, no caso de verificar o juiz, de ofício, a ausência de uma ‘condição da ação’. Nesse caso, não pode ele, simplesmente, proferir sentença terminativa. Deve-se, antes, dar às partes oportunidade para manifesta-se a respeito do ponto, a fim de que se lhes assegure a participação com influência no resultado do processo (ou seja, para que se observe a garantia constitucional do contraditório).” Ainda, elucida Fredie Didier Jr. (2015, pp. 81-82): “Perceba: o órgão jurisdicional, por exemplo, verifica que a lei é inconstitucional. Ninguém alegou que a lei é inconstitucional. O autor pediu com base em uma determinada lei, a outra parte alega que essa lei não se aplicava ao caso. O juiz entendeu de outra maneira, ainda não aventada pelas partes: ‘Essa lei apontada pelo autor como fundamento de seu pedido é inconstitucional. Portanto, julgo improcedente a demanda’. O órgão jurisdicional pode fazer isso, mas deve antes submeter essa nova abordagem à discussão das partes. O órgão jurisdicional teria de, nessas circunstâncias, intimar as partes para manifestar-se a respeito (‘intimem-se as partes para que se manifestem sobre a constitucionalidade da lei’). Não há aí qualquer prejulgamento. Trata-se de exercício democrático e cooperativo do poder jurisdicional, até mesmo porque o juiz pode estar em dúvida sobre o tema.”

Assim, por exemplo, se ao juiz a parte aparenta ser ilegítima ou a norma invocada parece-lhe inconstitucional, mas não houve qualquer discussão ou debate sobre o assunto, cumpre-lhe, antes de se pronunciar a respeito, determinar a intimação das partes para que se manifestem sobre tal matéria. Ainda que lhe caiba examinar o assunto de ofício, impende conferir às partes a oportunidade de colaborar com a formação do seu convencimento, influenciando, desse modo, na decisão a ser tomada.

Deste modo, o novo diploma deixa claro o dever do juiz de observar o contraditório, com a sujeição das suas visões ao debate processual, especialmente das matérias cognoscíveis de ofício, a fim de que todas as questões fáticas e jurídicas sobre as quais o provimento a ser emanado possa se apoiar tenham sido discutidas em juízo, garantindo-se a efetiva participação das partes com influência sobre o resultado do processo e impedindo-se a prolação de decisão-surpresa. Identicamente, acentuam Fernando Gonzaga Jayme e Marcelo Veiga Franco (2014, p. 341):

A dimensão dinâmica do contraditório reflete, assim, a prerrogativa de simétrica influência dos interessados na construção do conteúdo da decisão judicial, em sintonia com o dever imposto ao juiz, como terceiro imparcial, de assegurar às partes iguais oportunidades de interferência nos resultados da atividade jurisdicional – inclusive quanto às questões apreciáveis de ofício.

O texto do art. 10 do Novo Código poderia, contudo, suscitar uma dúvida: se ao prescrever que o juiz não pode decidir com base em “fundamento” não debatido com as partes, abrangeria apenas os fundamentos fáticos, apenas os jurídicos, ou ambos.

A precisa delimitação da extensão do dispositivo há de ser realizada observando-se o eixo teórico-normativo do próprio sistema processual, portanto em atenção às garantias constitucionais processuais e às normas fundamentais do processo civil previstas na lei processual, como abordado ao longo desta monografia. Não se trata de pretender uma análise ampliativa ou restritiva do artigo, mas precisamente sua interpretação em consonância com os próprios fundamentos do novo sistema processual, a fim de que possa atingir a sua finalidade de assegurar o respeito ao efetivo contraditório e impedir a prolação de decisões que ilegítimamente surpreendam as partes.

Neste panorama, assente que a regra de vedação à prolação de decisões-surpresa tem por justificativa a efetividade do direito à participação das partes na construção do provimento jurisdicional, com a garantia de poderem amplamente influenciar o juízo na tomada de decisão, pode-se visualizar que o art. 10 do Novo Código contempla fundamentos fáticos e jurídicos.

O novo sistema processual se estrutura a partir da concepção do provimento jurisdicional como resultado do debate processual, ou seja, cujos fundamentos da solução jurídica proclamada pelo órgão judicial serão provenientes do confronto de teses desenvolvido em juízo, em obediência ao princípio do contraditório substancial. Nesta ótica, para que o comando do art. 10 do novo diploma possa efetivamente garantir esta observância, deve contemplar todos os fundamentos porventura determinantes para a solução da causa, independentemente de denotarem questões de predominância fática ou de predominância jurídica¹⁰³ (MARINONI *et al*, 2015).

A propósito, ressalte-se a dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de separação absoluta entre matérias de fato e matérias de direito, uma vez que a definição da importância do fato depende de sua valoração normativa, assim como a dedução da consequência jurídica depende do cenário fático¹⁰⁴, como esclarece Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015, pp. 67-68):

Este fundamento novo pode ser de fato ou de direito. Sabe-se que é difícil separar-se, completamente, questões fáticas das jurídicas, porque o direito ocorre justamente no encontro dos planos fáticos e normativo. Fatos, quando são juridicamente qualificados, já não são mais puro fatos. Normas, a seu turno, supõem quadros fáticos (de forma mais ou menos direta) a que se devem aplicar.

Certamente, este dispositivo [art. 10] se aplica a fundamentos sejam predominantemente fáticos, sejam predominantemente jurídicos, porque é só assim que a distinção entre fato e direito pode ser feita: em termos de predominância.

Logo, o sentido do termo “fundamentos” previsto no art. 10 do Novo Código de Processo Civil diz respeito tanto ao que se convencionou tratar como matérias de fato quanto matérias de direito, cognoscíveis de ofício pelo juiz, assim como eventual visão jurídica do órgão

¹⁰³ Na mesma lógica, sustenta J. E. Carreira Alvim (2015, p. 79): “O que teria sido necessário dizer, o art. 10 não diz, que seria identificar de que fundamento se trata, sobre fundamento *jurídico* ou apenas *de fato*, ou de *ambos*, devendo a resposta ser buscada na fonte onde se inspirou o novel estatuto processual, chegando-se à conclusão, na linha da moderna tendência do direito europeu, que alcança tanto os fundamentos de fato quanto de direito.”

¹⁰⁴ Sobre o ponto, sustentam Dierle Nunes e Lúcio Delfino (2014b, p. 209): “É hora de darmos crédito a Castanheira Neves, cujos ensinamentos mostram que *fato puro* e *puro direito* nunca se encontram na vida jurídica: enquanto o fato não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o Direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o fato. Quando o jurista pensa o fato o faz sempre como matéria do Direito e quando reflete sobre este está a pensar como forma destinada ao fato.” Na mesma direção, enuncia Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2003a, p. 154): “Afigura-se algo arbitrário valorizar abstratamente a disquisição ou o juízo sobre o fato, como se totalmente divorciados do juízo de direito. Não somente se exhibe artificial a distinção entre fato e direito – porque no litígio fato e direito se interpenetram –, mas perde força sobretudo no tema ora em exame, em virtude da necessidade do fato na construção do direito e da correlativa indispensabilidade da regra jurídica para determinar a relevância do fato.”

jurisdicional diversa da manifestada pelas partes, refletida no adágio *iura novit curia*¹⁰⁵ (SARLET *et al*, 2015b), o que concretiza o dever do magistrado de observar o princípio do contraditório substancial, sendo ele próprio sujeito do diálogo processual.

Destarte, a regra prescrita no art. 10 do Novo Código de Processo Civil orienta o modo de atuação do juiz na dinâmica processual enquanto sujeito do contraditório e condutor paritário do processo, impedindo-o de proferir decisão que não tenha respeitado o efetivo debate processual. Consubstancia a adoção da dimensão substancial do princípio do contraditório enquanto norma fundamental do processo civil, com alicerce normativo no texto constitucional e com a potencialidade de repercutir sobre todo o sistema processual.

3.3 A REGRA DE VEDAÇÃO ÀS DECISÕES-SURPRESA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUAS IMPLICAÇÕES NO NOVO SISTEMA PROCESSUAL

A consagração infraconstitucional da regra de vedação à prolação de decisões-surpresa, pelo art. 10 do Novo Código de Processo Civil, além de consolidar no sistema processual o princípio do contraditório substancial, afasta a possibilidade de entendimento de que a prolação de decisões-surpresa, especialmente quanto a matérias cognoscíveis de ofício, não estaria vedada no processo civil brasileiro em função da ausência de previsão legal específica¹⁰⁶ (SOUZA, 2014). Desta maneira, consolidado o preceito na lei processual¹⁰⁷, cabe pormenorizar a sua extensão e as suas implicações no novo sistema processual.

¹⁰⁵ A respeito do art. 10 do Novo Código, sublinham Dierle Nunes e Lúcio Delfino (2014b, pp. 208-209): “O dispositivo é arrebataador, concretiza o *contraditório substancial* e o faz de modo a não deixar dúvidas: as partes (e seus advogados) devem participar das discussões sobre fatos e *direitos* – afinal, a palavra *fundamento* é expressão genérica e por isso abrange fundamentos fáticos e *jurídicos*.”; bem como Thadeu Lima (2016, pp. 140-141): “Cumprido desde logo alertar que o dispositivo não faz qualquer distinção acerca da natureza do fundamento invocado pelo magistrado, aplicando-se, portanto, de idêntico modo às questões de fato e às questões de direito. E, nestas, também não diferencia as relativas ao direito processual das concernentes ao direito material, ou seja, engloba tanto o juízo de admissibilidade quanto o juízo de mérito, em que se situa a pertinência do *iura novit curia*. Com efeito, é por ocasião da resolução do *meritum causae* que o magistrado procederá à requalificação normativa dos fatos relevantes trazidos pelas partes, fazendo incidir a definição e as consequências jurídicas que entender corretas.”

¹⁰⁶ Entendimento que encontrava certa ressonância na doutrina, apesar de minoritária. Por todos, entendia Lúcio Grassi de Gouveia (2011, p. 381): “No direito brasileiro, por ausência de previsão legal expressa, não estão proibidas as decisões-surpresa, nos moldes português e alemão, quando se tratar de matéria de apreciação oficiosa pelo juiz ou tribunal.”

¹⁰⁷ Sobre o novo dispositivo, comenta Welder Queiroz dos Santos (2015, p. 426): “Do ponto de vista teórico, não se trata propriamente de uma novidade. A vedação da *decisão surpresa*, no sistema processual civil brasileiro, é conteúdo do direito fundamental ao contraditório, ao lado dos direitos de comunicação dos atos processuais, de manifestação, de participação no desenvolvimento do processo, de influência no conteúdo das decisões e de ter os argumentos considerados, todos garantidos pelo art. 5º, inc, LV, da CF/1988, que possui aplicabilidade imediata. [...] Entretanto, do ponto de vista pragmático, trata-se de uma inovação em um Código de Processo Civil brasileiro, já que, pela primeira vez, ter-se-á no Brasil a regra da vedação aos órgãos jurisdicionais de proferirem *decisão surpresa*.”

O dispositivo firma um dever ao magistrado na condução do processo e, ao mesmo tempo, uma condição de validade para a decisão por ele proferida, a qual não pode ter por base fundamento que não tenha sido submetido ao contraditório com as partes. Por via de consequência, caso o órgão jurisdicional profira decisão com fundamento em alguma questão¹⁰⁸ que não tenha sido sujeita ao debate prévio, ela será nula, por violação ao princípio do contraditório¹⁰⁹ (DIDIER JR., 2015), como deslinda Humberto Theodoro Jr. *et al* (2016b, pp. 129-131):

Ocorre que a decisão de surpresa deve ser declarada *nula*, por desatender ao princípio do contraditório. Toda vez que o magistrado não exercite ativamente o dever de advertir as partes quanto ao específico objeto relevante para o contraditório, o provimento deve ser invalidado, e a relevância ocorre se o ponto de fato ou de direito constitui necessária premissa ou fundamento para a decisão (*ratio decidendi*).

Assim, o contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um garante da sua observância, impondo a nulidade de provimento toda vez que não exista a efetiva possibilidade de seu exercício.

Portanto, a prolação de decisão-surpresa obriga o órgão jurisdicional a proferir uma nova decisão, desta vez com estrita observância do contraditório (ALVIM, 2015). Esta circunstância não se restringe ao julgamento em primeira instância, mas deve ser observada em qualquer grau de jurisdição, por se tratar de norma fundamental do processo civil.

Com efeito, a lei processual contempla em sua estrutura normativa uma renovada concepção da divisão de trabalho entre o juiz e as partes na dinâmica processual, por não mais

¹⁰⁸ Reitere-se a distinção entre fundamentos capazes de, por si só, provocar uma solução jurídica diversa ao caso e fundamentos meramente secundários, que não causam necessariamente a prolação de uma decisão diferente, como já examinado neste trabalho. Ao vedar a prolação de decisão com base em fundamento não debatido previamente, o dispositivo abrange aquelas questões que determinam a solução do processo e, se fossem acolhidos ou deixassem de o ser, dependendo do caso, ocasionariam uma decisão diametralmente diversa. Estas são as questões que o juiz deve necessariamente submeter ao contraditório. As questões secundárias, que por si só não influenciam no resultado dispositivo da decisão a ser proferida, não precisam ser necessariamente sujeitas a este debate prévio, por manifesta desnecessidade, afinal o eventual debate a respeito delas não tende a concretamente acarretar um resultado diferente ao processo (ALVIM, 2015).

¹⁰⁹ Ainda antes da promulgação do Novo Código de Processo Civil, parcela expressiva da doutrina nacional já entendia que a decisão-surpresa seria nula, em decorrência da violação da garantia fundamental do contraditório, insculpida no art. 5º, inc. LV, da Constituição da República. Nesta linha, defendia Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2003b, p. 66): “Conquanto o sistema jurídico brasileiro não disponha de regra semelhante [vedação à decisão-surpresa nos termos do § 139 da ZPO], a nosso parecer esse dever é inerente ao próprio princípio do contraditório, garantia assegurada no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.”. Outrossim, sublinham Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2014, p. 240): “O órgão julgador deve dar a mais ampla possibilidade de o litigante manifestar-se no processo e, se tiver de decidir sob fundamento de fato ou de direito não alegados pelas partes, ainda que a matéria seja de ordem pública, deve ouvir previamente as partes, sob pena de nulidade da sentença.”

circunscrever as partes às questões de fato e o juiz às questões de direito; mas sim uma verdadeira distribuição cooperativa do trabalho processual¹¹⁰, com a possibilidade do juiz de conhecer de ofício de matérias de fato e a possibilidade das partes de manifestar suas visões acerca das normas jurídicas incidentes no caso em análise, tudo isto em franco debate processual em contraditório.

A regra de vedação às decisões-surpresa, nesta toada, reforça a real participação das partes no processo¹¹¹ e “conspira para reforçar a confiança do cidadão no Poder Judiciário, que espera, legitimamente, que a decisão judicial leve em consideração apenas proposições sobre as quais pode exercer o seu direito a conformar o juízo” (SARLET *et al*, 2015b, p. 762).

Este debate processual é reforçado, ademais, pela moderna concepção da teoria da interpretação e da decisão jurídicas, conforme tratado neste trabalho, que impulsiona a autêntica relevância da parte em manifestar ao órgão jurisdicional qual a norma jurídica que entende aplicável ao caso, assim como quais os motivos por que sua solução deve prevalecer sobre as teses suscitadas pela outra parte ou mesmo pelo próprio juízo (MARINONI *et al*, 2016a).

Afinal, se a solução emanada no provimento judicial está assentada sobre uma interpretação jurídica dentre mais de uma hipótese possível, concretizada pelo juízo no momento da prolação da decisão, resta manifesto o interesse legítimo da parte em fornecer ao juízo a sua visão jurídica da controvérsia a fim de participar da discussão processual e influir no convencimento do órgão jurisdicional, exercitando plenamente o direito ao contraditório. Com base na mesma percepção, sustenta Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2003b, p. 67):

A expectativa de sucesso final na causa evidencia, na verdade, o interesse primordial da parte em dar conhecimento ao tribunal, consoante o seu interesse,

¹¹⁰ Quanto à temática, observa Luiz Guilherme Marinoni *et al* (2015, p. 182): “O reconhecimento do papel problemático do direito e o papel reconstrutivo da sua interpretação judicial fez com que a divisão do trabalho entre o juiz e as partes fosse impactada sensivelmente: as partes não estão mais confinadas na matéria de fato, assim como o juiz não está mais circunscrito à matéria de direito. Isso porque, a uma, as partes têm o direito de se pronunciar previamente sobre as normas jurídicas que serão aplicadas ao caso concreto pelo juiz e, a duas, o juiz tem o poder de conhecer de ofício fatos secundários e de determinar prova de ofício. Daí que a colaboração judicial e o contraditório como direito de influência alteraram a tradicional solução outorgada à divisão do trabalho processual pelo brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius* – que destinava às partes tão somente o papel de narrar os fatos e ao juiz o de aplicar o direito. O novo Código reconhece que as partes têm direito de se pronunciar sobre o material jurídico de forma prévia à sua aplicação judicial.”

¹¹¹ Neste aspecto, afirma Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2003a, p. 140): “A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples ‘objeto’ de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões. A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e os valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas o debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição.”

da norma jurídica a ser aplicada. O mesmo se passa, em relação ao convencimento do órgão judicial sobre a adequação da solução jurídica preconizada. E isso porque pode haver o risco, mesmo em se tratando de direito nacional, risco esse intensificado pela complexidade da vida moderna, de o juiz não ‘descobrir’ a norma jurídica favorável ao litigante, ou de não a interpretar corretamente.

Em tal seara, a colaboração das partes com o juízo encontra sua razão de ser num plano mais amplo, na medida em que não se cuida apenas de investigar a norma aplicável ao caso concreto, mas de estabelecer o seu conteúdo e alcance, não só evitando surpresas mas também as consequências daí decorrentes para o exercício do direito de defesa e da tutela de outros valores, como a concentração e celeridade do processo e a qualidade do pronunciamento judicial.

Sob outra perspectiva, a participação do juízo do diálogo processual e a consequente submissão de suas visões jurídicas a respeito da controvérsia para o debate prévio com as partes não lhe retira a indispensável imparcialidade para o julgamento da causa, mas, pelo contrário, a reforça. O juiz que submete a sua percepção jurídica prévia ao debate em contraditório admite a possibilidade de ser convencido a tomar posição contrária, caso eventual argumento suscitado no curso do processo se mostre mais consistente; ou seja, permite formar o seu convencimento a partir do franco confronto de teses em juízo, tomando por fundamento da decisão a melhor tese para o caso levado à sua apreciação.

Por outro lado, o juiz que propositadamente deixa de submeter a sua visão jurídica preliminar ao debate com as partes já está prejulgando a causa, por inadmitir a possibilidade de sobrevir tese contrária que lhe possa alterar o entendimento. Da mesma forma, o afastamento de tal fundamento do debate em contraditório retira-lhe a possibilidade de testar a sua força argumentativa perante outras possíveis visões jurídicas a respeito do caso, de maneira que acaba por também se afastar do compromisso em adotar a melhor solução possível ao caso concreto. Na mesma direção, pondera Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 528):

Não decai o juiz de sua dignidade quando, sentindo a existência de motivos para emitir de-ofício uma decisão particularmente gravosa, antes chama as partes à manifestação sobre esse ponto. O *juiz mudo* tem também algo de *Pílatos* e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça. O juiz, p.ex., que ouve as partes antes de extinguir o processo por uma ilegitimidade *ad causam* não alegada pelo réu, e portanto não posta em contraditório entre as partes, não está manifestando uma suposta predisposição *contra* o autor, ou prejulgando: ao contrário, ele está oferecendo ao próprio autor uma oportunidade para, alegando, dissuadi-lo daquela impressão inicial.

Deste modo, o profícuo confronto de teses em juízo avança para o desenvolvimento da atividade jurisdicional e, especialmente, para o aperfeiçoamento qualitativo das decisões proferidas pelos órgãos judiciais, uma vez que o amplo debate prévio de todas as questões potencialmente definidoras da controvérsia permite a adoção de soluções mais amadurecidas pelo juízo, cujo embate perante outras teses discutidas em contraditório lhe reforça o caráter argumentativo de deliberação mais adequada para o caso concreto¹¹² (THEODORO JR.; NUNES, D., 2009), como defende Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2003a, p. 139):

A interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. E essa constatação ainda mais se reforça pelo reconhecimento de que todo direito litigioso apresenta-se incerto de forma consubstancial.

Exatamente em face dessa realidade, cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado. 'É o diálogo que corrige continuamente a lógica e não a lógica que controla o diálogo'.

Além disto, a estrita observância da dimensão substancial do contraditório ao longo do procedimento, reforçada pela regra de vedação às decisões-surpresa, também fortalece a pretensão de eficiência na atividade processual; ao contrário do que pode transparecer de uma primeira impressão a respeito da necessidade de intimação das partes para se manifestar sobre todas as questões relevantes para a causa, que poderia nisto identificar uma medida na contramão da celeridade processual.

Isto porque a ocorrência de um amplo debate para a formação dos provimentos tende a diminuir o manejo de recursos no decurso do processo, ou a se reduzir consideravelmente a

¹¹² A respeito, argumenta Lúcio Grassi de Gouvea (2011, pp. 379-380) "Não basta que o órgão judicante esteja convencido da exatidão da solução, se tal solução não é obtida de maneira correta e verificável. E a sentença não deve ser aceita somente pela sua natureza de ato imperativo, mas pela sua força intrínseca de persuasão obtida através da colaboração dos protagonistas do processo. [...] Acentua-se ainda a possibilidade de uma atuação dos agentes processuais organizada nesses moldes poder propiciar ainda uma maior evolução do direito objetivo, posto que se é verdadeiro que o processo jurisdicional determina não só a posição jurídica das partes mas precisa e delimita também o conteúdo e alcance de uma norma geral e abstrata, contribuindo para elaboração de nova 'norma' potencialmente geral, uma estreita colaboração entre juiz e partes podem indubitavelmente tornar a vantagem da evolução do direito objetivo. E isto em particular modo se – como encontra-se sempre mais difusamente nos ordenamentos jurídicos modernos – a lei se limitar a ditar a 'diretiva' ou a 'cláusula vaga e genérica', para propiciar aos intérpretes o delicado trabalho de concretizá-la e precisá-la."

probabilidade de seu acatamento¹¹³, o que conseqüentemente acaba por reduzir o tempo do processo¹¹⁴. Neste sentido, enuncia Humberto Theodoro Jr. *et al* (2016b, p. 133):

Há de se perceber que tanto nos litígios de baixa intensidade quanto nos de alta intensidade (litígios repetitivos) faz-se mister a implementação de pelo menos uma etapa de cognição bem realizada (com contraditório pleno), eis que, caso o debate não ocorra pelo menos uma vez, sobre todas as nuances relevantes do caso e dos fundamentos das decisões, potencializa-se a utilização de recursos, e automaticamente a chance de seu acatamento pelas instâncias revisoras, com o aumento considerável do espaço-tempo processual. E nesse aspecto pode-se vislumbrar que todo o sistema do Novo CPC permite a utilização do contraditório como garantia de aproveitamento da atividade processual.

Assim, o debate prévio de todos os fundamentos relevantes para a formação do provimento jurisdicional, como determinado pelo art. 10 do Novo Código, tem o condão de promover uma maior eficiência da atividade processual e de conferir uma melhor solução jurídica à causa, o que corresponde ao dever constitucional da jurisdição de promover a adequada tutela dos direitos.

À vista do exposto, pode-se constatar que a regra prevista no art. 10 do Novo Código de Processo Civil incorpora em nível infraconstitucional a dimensão substancial do princípio do contraditório, especificamente quanto à vedação à prolação de decisões-surpresa.

Enquanto norma fundamental do processo civil, estrutura a concepção de como o diálogo processual deve desenvolver-se ao longo do procedimento, especialmente o papel do órgão jurisdicional no debate em contraditório e o direito das partes de poder conformar o juízo sobre todas as questões relevantes para a solução da demanda, o que repercute sobre toda a dinâmica do processo edificada no novo sistema processual.

¹¹³ A constatação teórica e empírica da menor utilização ou acatamento de recursos, com a conseqüente diminuição do tempo total do processo, em função da ocorrência de um debate profícuo para a formação das decisões, encontra diversas manifestações na doutrina e na jurisprudência comparadas, especialmente na Alemanha e na Itália, onde a regra de vedação às decisões-surpresa não é recente, com destaque para as conclusões do “processo-modelo” de Stuttgart. Para uma abordagem mais completa destes aspectos, remete-se às obras de Dierle Nunes (2012), Lúcio Grassi de Gouveia (2011) e Humberto Theodoro Jr. *et al* (2016b).

¹¹⁴ A temática guarda estreita relação com o tratamento das nulidades passíveis de conhecimento de ofício pelo juiz, sobre a qual comenta Renzo Cavani (2013, p. 69): “Não é possível negar que podem acontecer vícios que o juiz está legitimado a apreciar de ofício – por possuir uma gravidade tão grande a ponto de prejudicar o procedimento inteiro. Ainda assim, fomentar o diálogo com as partes teria como consequência a obtenção de maiores elementos de juízo para a decisão, nomeadamente quando o objetivo da nulidade é proteger a idoneidade do ato final, dado que através dele o Estado poderá prestar a tutela do direito pedida. Se o juiz promovesse o contraditório para as partes se manifestarem sobre a gravidade do vício antes da decisão, a consequência direta será que as nulidades possam ser evitadas em grande medida.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A recente entrada em vigor da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, o Novo Código de Processo Civil, reascendeu na comunidade jurídica brasileira o estudo e o debate do direito processual civil. Muito embora boa parte dos juristas já estivesse envolvido com as discussões durante a tramitação do Projeto do Novo Código no Congresso Nacional, foi efetivamente com a sua promulgação que o tema alcançou o centro do debate no cenário nacional.

O período de um ano de *vacatio legis* permitiu o amadurecimento de ideias e de entendimentos sobre os novas regras da lei processual, porém o sentimento que perpassava a comunidade jurídica quando o Novo Código de Processo Civil iniciou sua vigência, em 18 de março de 2016, era o de incerteza quanto ao modo como o novo diploma seria aplicado na prática forense, assim como de incerteza quanto à concepção e ao futuro de diversas disposições do Novo Código.

Neste panorama, a regra de vedação à prolação de decisões-surpresa, prevista no art. 10 do Novo Código, em dispositivo sem correspondência no diploma anterior, alcançou particular destaque nos debates acerca das inovações e alterações estruturais promovidas pela nova legislação. Foi a partir do particular interesse na investigação da extensão desta regra e de seus potenciais efeitos sobre a dinâmica processual que nasceu a temática abordada neste trabalho.

O passo seguinte foi apurar os fundamentos teóricos e normativos que forneceram o alicerce para que a regra fosse incorporada dentre as normas fundamentais do processo civil pela nova lei processual, quando se pode constatar que a previsão específica de vedação à prolação de decisões-surpresa é uma concretização infraconstitucional do princípio do contraditório, alçado a uma concepção renovada pela sua leitura com base na efetividade dos direitos fundamentais, em matriz constitucional, que denota um dos alicerces do novo sistema processual.

Com base nestas percepções iniciais, pode-se desde logo constatar que a precisa determinação da extensão e dos potenciais efeitos da regra de vedação às decisões-surpresa é absolutamente indissociável da clara definição dos fundamentos normativos que orientam a estruturação e a própria concepção do processo civil brasileiro: as garantias constitucionais processuais, que arquitetam um modelo constitucional de processo, no seio do qual se sobressai o princípio do contraditório, compreendido em dimensão substancial.

Em seguida, percebendo-se que o princípio do contraditório substancial, corolário do princípio do devido processo legal, orienta toda a estruturação normativa do novo sistema processual civil e gera intensa repercussão nos institutos processuais e na própria dinâmica do

processo, centralizou-se como objeto de estudo justamente o princípio do contraditório substancial; tomando como ponto de partida a sua precisa conceituação e seu alicerce normativo no texto constitucional, passando pela sua regulamentação legal e pela sua condição de lastro teórico-estrutural do Novo Código de Processo Civil, para então alcançar a sua concretização normativa na regra de vedação à prolação de decisões-surpresa.

À vista disto, a pretensão desta monografia foi demonstrar que a estruturação normativa do Novo Código de Processo Civil tem por alicerce o princípio do contraditório substancial, concebido como garantia de efetiva participação com influência na construção do provimento jurisdicional, bem como que a regra de vedação à prolação de decisões-surpresa encontra suporte teórico e normativo no princípio do contraditório substancial e, por conseguinte, na própria força normativa dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal.

Primeiramente, no capítulo inicial, apurou-se a centralidade do contraditório na própria concepção de processo civil no direito brasileiro e o conceito clássico do princípio do contraditório, cujo conteúdo se traduzia pela noção de bilateralidade de audiência, em uma dimensão formal de contraposição de obrigações. Em seguida, aferiu-se a redefinição do princípio do contraditório a partir da leitura do processo civil com base na efetividade dos direitos fundamentais, o que decorre da previsão constitucional de aplicabilidade imediata e em máxima eficácia dos direitos fundamentais, dentre os quais o princípio do contraditório, compreendido em dimensão substancial.

Com isso, observou-se que o princípio do contraditório substancial, proclamado pela Constituição Federal, denota garantia de efetiva participação das partes na construção do provimento jurisdicional, manifestados pelos caracteres do direito à influência e da vedação às decisões-surpresa; perspectiva que altera as bases da dinâmica processual, submetendo tanto as partes quanto o juiz ao contraditório, e reforça o caráter dialético do processo, cujos resultados devem se apoiar exclusivamente sobre fundamentos provenientes do debate processual.

No segundo capítulo, examinou-se a ressonância do princípio do contraditório substancial na estruturação normativa do Novo Código de Processo Civil. Viu-se que o novo diploma é edificado a partir do eixo normativo dos princípios processuais previstos na Constituição Federal, especialmente da diretiva constitucional dos direitos fundamentais.

Então, notou-se que o princípio do contraditório substancial corresponde ao lastro teórico-estrutural do novo sistema processual civil, especialmente das normas fundamentais do processo civil. Constatou-se que o Novo Código contempla nas disposições específicas dos arts.

7º, 9º e 10 a dimensão substancial do princípio do contraditório, a qual também alicerça a concepção do princípio da boa-fé processual objetiva (art. 5º) e do princípio da cooperação (art. 6º), os quais redefinem os deveres e os papéis das partes e do juiz na condução do processo.

Após, demonstrou-se que a adoção do contraditório substancial inspirou a redefinição do dever de motivação judicial. No novo sistema processual, a decisão judicial não pode ser definida puramente como solução jurídica da controvérsia proclamada pelo juiz, o qual poderia “pinçar” dentre os argumentos suscitados pelas partes aquele que lhe parecesse mais adequado, e desconsiderar as demais teses. O provimento jurisdicional, no novo sistema processual, deve espelhar o confronto de teses promovido em contraditório, e encontrar fundamento em uma solução jurídica que consolide a melhor tese debatida, traduzida enquanto fundamento mais adequado para o caso concreto.

Ainda, mostrou-se a indispensabilidade do princípio do contraditório substancial para a edificação de um sistema de precedentes vinculantes no novo sistema processual, bem como a influência do princípio na estruturação do novo sistema recursal. Assim, constatou-se a preocupação do Novo Código de Processo Civil em conformar o sistema processual à garantia do debate em contraditório, com a previsão de regras que reforçam a densificação infraconstitucional do princípio do contraditório em dimensão substancial e o edificam como verdadeiro lastro teórico-normativo do novo sistema processual civil.

No terceiro capítulo, analisou-se as bases teórica e normativa da regra de vedação à prolação de decisões-surpresa, prevista no art. 10 do Novo Código, a partir de que se atestou que a prolação de decisão-surpresa viola o princípio do contraditório e há de ser declarada nula. Ao mesmo tempo, demonstrou-se que o dispositivo contempla na lei processual o dever do juiz de observar o contraditório, com a submissão de suas visões fáticas e jurídicas ao debate processual; tanto a valoração da causa manifestada no adágio *iura novit curia*, quanto as matérias cognoscíveis de ofício, o que importa a redefinição do modo de exercício destas prerrogativas, que deve observar o contraditório substancial.

Por derradeiro, constatou-se a importância da regra de vedação à prolação de decisões-surpresa no novo diploma para a concretização do princípio do contraditório substancial, assim como a potencialidade do dispositivo em reforçar o papel das partes na atuação em juízo, em robustecer a confiança legítima da parte na coerência do Poder Judiciário, em impulsionar a melhor adequação das soluções jurídicas às causas levadas a julgamento e em promover uma maior efetividade à adequada tutela dos direitos, objetivo primordial da jurisdição democrática.

Destarte, ao final desta monografia, pode-se certificar a comprovação da hipótese de que o Novo Código de Processo Civil é estruturado em uma base teórica e normativa alicerçada

na efetividade dos direitos fundamentais processuais e, especialmente, na dimensão substancial do princípio do contraditório, concebido como garantia de não surpresa e de efetiva influência das partes na conformação do juízo; o que repercute de maneira sistêmica nos institutos processuais civis contemplados na nova legislação e tem o condão de orientar a dinâmica processual para a conformação constitucional de um processo civil democrático, que assegure ao jurisdicionado a garantia de efetiva participação no procedimento em contraditório e na construção do provimento jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Comentários ao novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/15**: volume 1 – arts. 1º ao 81. Curitiba: Juruá, 2015.

ÁVILA, Humberto. “O que é 'devido processo legal?'”. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. pp. 407-416.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 02 jun. 2016.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm >. Acesso em: 02 jun. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. MS 25787/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2006, publicado no DJe em 13/09/2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC - Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015a.

_____. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015b.

CABRAL, Antonio do Passo. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 126, ago./2005, pp. 59-81.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. “Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua”. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. pp. 17-27.

CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo”. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. pp. 235-267.

CAVANI, Renzo. “Contra as ‘nulidades-surpresa’: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual”. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 218/2013, abr. 2013. pp. 65-78.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CORREA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta”. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. v. 38. Porto Alegre: Magister, set./out. 2010. pp. 05-33.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. “O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro”. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 209/2012, jul. 2012. pp. 349-374.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____.; PEIXOTO, Ravi. **Novo código de processo civil: comparativo com o código de 1973**. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Novo código de processo civil: principais modificações**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GOUVEA, Lúcio Grassi de. “Cognição Processual Civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. pp. 371-385.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. “O princípio do contraditório no projeto do Novo Código de Processo Civil”. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 227/2014, jan. 2014. pp. 335-359.

LAMY, Eduardo de Avelar. “Considerações sobre a influência dos valores e direitos fundamentais no âmbito da teoria processual”. In: **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 35, n. 69, dez. 2014, pp. 301-325.

_____.; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria geral do processo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. “Iura novit curia no processo civil brasileiro: dos primórdios ao novo CPC”. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 251/2016, jan. 2016. pp. 127-158.

MALLET, Estêvão. “Notas sobre o problema da chamada ‘decisão-surpresa’”. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 233/2014, jul. 2014. pp. 43-64.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016a.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**, volume 1. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016b.

_____; _____. **O novo processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. vol. I (teoria geral do processo civil). 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do juiz no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

MITIDIERO, Daniel. “A colaboração como modelo e como princípio no processo civil”. In: **Revista de Processo Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2/2015, jul./dez. 2015a. pp. 83-97.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015b.

MITIDIERO, Daniel. “Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial”. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206/2012, abr. 2012. pp. 61-78.

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Narciso. “O que é um modelo democrático de processo?”. In: **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n. 73, jan./abr. 2013. pp. 183-206.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. “Da teoria fazzalariana de processo: o processo como espécie de procedimento realizado em contraditório e a difusão dos módulos processuais como mecanismo de controle da função estatal”. In: **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 43, set./out. 2006. pp. 212-215.

_____. “O princípio do contraditório”. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 29, maio/jun. 2004. pp. 73-85.

_____. **Processo jurisdicional democrático**. 1. ed., 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

_____.; LACERDA, Rafaela. “Contraditório e precedentes: primeiras linhas”. In: **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. vol. II. Alexandre Freire et al (org.). Salvador: Editora JusPodivm, 2014a. pp. 343-372.

_____.; DELFINO, Lúcio. “Novo CPC, o ‘caballo de Tróya’ *iura novit curia* e o papel do juiz”. In: **Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro**. Belo Horizonte: Fórum, ano 22, n. 87, jul./set. 2014b. pp. 205-210.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. “Processo civil democrático, contraditório e o Novo Código de Processo Civil”. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 252/2016, fev. 2016. DTR/2016/204.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003a.

_____. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011a. pp. 139-150.

_____. “O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo”. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011b. pp. 151-172.

_____. “Poderes do juiz e visão cooperativa de processo”. In: **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 30, n. 90 jul. 2003b. pp. 55-84.

_____. “A garantia do contraditório”. In: **Revista Ajuris**. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 25, n. 74, nov. 1998. pp. 103-120.

_____. “O juiz e o princípio do contraditório”. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 71/1993, jul./set. 1993. pp. 31-38.

REZENDE, Marcos. “A contribuição da teoria estruturalista para o processo constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro: reflexões sobre a crítica de Hermes Zaneti Júnior à teoria de Fazzalari”. In: **Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro**. Belo Horizonte: Fórum, ano 22, n. 87, jul./set. 2014. pp. 31-59.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SANTOS, Welder Queiroz dos. “A vedação à prolação de ‘decisões-surpresa’ na Alemanha”. *In: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 240/2015, fev. 2015. pp. 425-435.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015a.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

SILVA, Blecaute Oliveira; ROBERTO, Welton. “O contraditório substancial no projeto do novo CPC”. *In: Novas tendências do processo civil*: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. vol. II. Alexandre Freire et al (org.). Salvador: Editora JusPodivm, 2014. pp. 177-194.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento, volume 1. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SOUZA, André Pagani de. **Vedação das decisões-surpresa no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, vol. 1. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016a.

_____; *et al.* **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016b.

_____; NUNES, Dierle José Coelho. “Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual”. *In: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 168/2009, fev. 2009. pp. 107-141.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; *et al.* **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.